

بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية في صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم (مراعي): حنان بنت محمد حسين جستنية

كلية: الشريعة والدراسات الإسلامية قسم: الدراسات العليا الشرعية

الأطروحة المقدمة لتيل درجة: الماجستير في تخصص الفقه وأصوله فرع الفقه .

عنوان الأطروحة: ((أقسام المتعدد في الفقه الإسلامي))

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد

بناء على توصية اللجنة المكلفة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه ، والتي تمت مناقشتها بتاريخ ١٧ / ٨ / ١٤١٩ هـ

بقولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة ، وحيث قد تر عمل اللابره فإن اللجنة توصي بإجازتها في صيغتها النهائية المرفقة للدرجة العلمية

المذكورة أعلاه ...

وأفقه الموفق ...

أعضاء اللجنة

الناقش الثاني

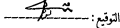
الناقش الأول

المشرف

الاسم: د/ فخر حسن قامرود

الاسم: د/ وفاء مكيو فرياش

الاسم: د/ ياسين ناصر الحظيب

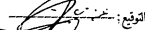
التوقيع: 

التوقيع: 

التوقيع: 

مريش قسم الدراسات العليا الشرعية

الاسم: د/ عبد الله بن حمد الفطيل

التوقيع: 

يوضع هذا النموذج أمام النسخة المقابلة لنسخة عنوان الأطروحة في كل نسخة من الرسالة



٢١٦٤



٣٠١٠٢٠٠٠٠٠٣١٦٤

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الدراسات العليا الشرعية

فروع الفقه وأصوله

شعبة الفقه

أقسام العقود في الفقه الإسلامي

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه

إعداد الطالبة

حنان بنت محمد حسين جستيه

إشراف

الأستاذ الدكتور / ياسين بن ناصر الخطيب

١٤١٨هـ — ١٩٩٨م

(الجزء الأول)

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص بحث رسالة ماجستير بعنوان : (أقسام العقود في الفقه الإسلامي)
الحمد لله الذي شرع الشرائع ووضع الأحكام . وبين لعباده الحلال والحرام ، والصلاة والسلام على
رسوله الكريم محمد بن عبد الله سيد المرسلين ، وخاتم النبيين ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه
أجمعين ومن سار على نهجه إلى يوم الدين .

أما بعد :

فهذه رسالة مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، وإليك أيها القارئ الكريم وصفاً عاماً لنباء
الرسالة التي اشتملت على مقدمة وباين وخاتمة :

١- المقدمة ، وقد اشتملت على أهمية الموضوع وسبب اختياره وخطة البحث ومنهجه .

٢- الباب الأول التمهيدي ، وقد اشتمل على ثلاثة فصول : تناولت في الفصل الأول غات عامة عن
العقد من جهة تأريخه ، وعن أهميته في معاملات الناس ، وأثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود . وقد
خصّصت الفصل الثاني لتعريف العقد لغة ، واصطلاحاً والفرق بين العقد والتصرف ، والعقد والالتزام . أما
الفصل الثالث فقد تكلمت عن أركان العقد وشروطه العامة والخاصة ، وحكمه .

٣- الباب الثاني : خصّصته لدراسة أقسام العقود في الفقه وصورها ، وقد اشتمل على ثمانية فصول :

أ - الفصل الأول :- عن أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها .

ب - الفصل الثاني :- عن أقسام العقود بالنظر إلى الصحة والفساد .

ج - الفصل الثالث :- عن أقسام العقود من ناحية الصيغة .

د - الفصل الرابع :- عن أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه .

هـ - الفصل الخامس :- عن أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه .

و - الفصل السادس :- في أقسام العقود بالنظر إلى غاية العقد .

ز - الفصل الثامن :- في أقسام العقود بالنظر إلى اشتراط القبض .

ح - الفصل الثامن :- في تقسيمات حديثة للعقود .

ثم ختمت الرسالة بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث ، والتي من جملتها :

١- إن الشريعة الإسلامية لها نظامها الخاص في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطالان والفساد ، وقد
برع فقهاء الحنفية في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة موفقة .

٢ - إن العاقد لا يستطيع التحلل من العقد اللازم بإرادته بينما يملك العاقدان أو أحدهما في العقد غير
اللازم أن يتحلل من التزامه دون مسؤولية عليه في ذلك .

٣ - الأصل أن العقد ترتب عليه آثاره بمجرد الاتفاق بين الطرفين ، إلا أن هناك طائفة من العقود
يشترط فيها القبض . إلى غير ذلك من النتائج المدونة في خاتمة البحث .

العميد

د. محمد العقلا

المشرف

د. ياسين بن ناصر الخطيب

الطالبة

حنان بنت محمد جستيه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى والديّ العزيزين وزوجي الغالي
وإلى كل طالب علم سائلة المولى العليّ القدير أن يجعله علماً نافعا
خالصاً لوجهه الكريم سبحانه وتعالى .

شكر وتقدير

أحمد الله على نعمه التي لا تحصى وأجلها نعمة الإسلام . وأشكر له ما مَنَّ به من التوفيق لإتمام هذا البحث المتواضع وما أولاه من الإكرام ، وأسأله العصمة من الزلل والإخلاص في القول والعمل على الدوام .

ثم إني بعد ذلك أتوجه بالشكر والعرفان إلى والديّ العزيزين وزوجي لما بذلوه من جهد ، ولحرصهم على تشجيعي وتحصيلي من منهل العلم والمعرفة، فجزاهم الله خيرا .

كما أقدم عظيم شكري وجزيل امتناني لكل من منحني من توجيهاته القيمة وآرائه وأخص بالذكر منهم أستاذي الفاضل وشيخي الجليل الدكتور ياسين بن ناصر الخطيب على ما بذل من الإشراف على هذه الرسالة وما أسدى من توجيه ونصح وما أولى من تعطف ورحابة صدر وأدعو له بطول العمر ممتعا بقوّه في طاعة الله وخدمة العلم وإفادة طلابه .

كما أقدم عظيم شكري وفائق تقديري لجامعة أم القرى ممثلة في أعضائها ، وأدعو الله لهم بحسن الجزاء وهيل المثوبة .

كما لا يفوتني أن أقدم شكري وتقديري إلى كل من ساعدني في هذه الرسالة بمد يد العون أو بالدعاء لي أو بالحض والتشجيع .

أم محمد

المقدمة

الحمد لله رب العالمين مالك الملك إلى يوم الدين ، خالق الخلق ، مُعلم الأولين
والآخرين . المنعم على عباده ، من غير مِنَّة ولا تفاخر .

والصلاة والسلام على خير خلق الله خلقا وعِلما محمد بن عبد الله ، وعلى آله وصحبه
ومن والاه ، ودعا بدعوته من بعده وسار على نهجه إلى يوم الدين .

﴿ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّنْ لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾^(١) ،
﴿ رَبَّنَا عَاتِبْنَا مِنَ لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا ﴾^(٢) .

وبعد :

عني المؤلفون في القواعد الفقهية من الأقدمين والكاتبون في نظرية العقد من المحدثين
يبرز الروابط القائمة بين أنواع العقود فَصَّنَفُوهَا في مجموعات بحسب حقائقها التي تقوم
عليها والأغراض التي تهدف إلى تحقيقها ، والأحكام التي تعترئها وغير ذلك من الاعتبارات
الشرعية . ذلك أن كل مجموعة من هذه المجموعات تشترك في ناحية تَجْمَعُهَا من بعض
الوجوه وإن كانت تختلف من نواح ووجوه أخرى^(٣) .

ولتقسيم العقود إلى طوائف تشترك كل منها في مقومات مشتركة ، أهمية كبرى من
عدة وجوه ، أهمها :

أولا : يعد هذا الموضوع جزء من نظرية العقد ، والتي تعد الأساس الذي يبنى عليه
تكوين العقد في جميع ما اشتمل عليه ، وعلى الرغم من اهتمام كثير من العلماء والباحثين
بموضوع نظرية العقد والكتابة فيه ، وظهور مجموعة كبيرة من الكتب والأبحاث في هذا

(١) سورة طه : آية ٢٥ — ٢٨ .

(٢) سورة الكهف : آية ١٠ .

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٦ — ٣٣٧ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٧٥ — ٢٨٣ ؛

الزركشي / المتفرع في القواعد : ٣٩٧/٢ — ٤١٢ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٣٨/١ — ٥٣٩ .

المجال^(١)، فإن المتتبع لهذه الدراسات يجد أن موضوع ((أقسام العقود في الفقه الإسلامي)) لم يبحث بحثاً مستقلاً متكاملاً فيما أعلم، وإنما كان يذكر في ثنايا الحديث عن نظرية العقد. ولا يخفى ما لهذا الموضوع من أهمية كبرى في تطبيق قواعد النظرية العامة للعقد، فتطبيق القواعد العامة للعقد تختلف باختلاف طوائف العقود كما سيتضح من خلال عرض هذه التقسيمات.

وإذا فهذا الموضوع يعد استكمالاً لدراسة النظرية العامة للعقد، ووضع الأسس والقواعد التي يقوم عليها تنفيذ العقد.

ثانياً: إذا أردنا أن نبحت في الفقه الإسلامي كيف يكون تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، فيجب أن نستعرض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي عقداً عقداً، لننظر كيف يقوم المتعاقدان بتنفيذ كل عقد منها. وبمجرد هذا الغرض تقسيم العقود طوائف، تجتمع كل طائفة منها في مقومات مشتركة.

وللفقهاء في هذا الصدد تقسيمات متعددة يقفون في كل تقسيم منها عند اعتبار معين. منها: تقسيم العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها، فيقسمون العقود بهذا النظر إلى عقود مسماة، وعقود غير مسماة.

ومنها: تقسيم العقود بالنظر إلى الصحة والفساد، فيقسمون العقود بهذا النظر إلى عقود صحيحة، وعقود باطلة أو فاسدة.

(١) منها: مذكور / المدخل للفقه الإسلامي، حيث تحدث في القسم الرابع عن النظريات العامة ومنها: نظرية العقد في سبعة فصول، وتحدث في الفصل الرابع عن أقسام العقد: ٥٠٣ - ٧١٩؛ أبو زهرة / الملكية ونظرية العقد، حيث تحدث في الكتاب الثاني عن نظرية العقد: ١٩٩ - ٤٦٣؛ بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، حيث تحدث في الباب الثالث عن نظرية العقد في ستة فصول، وتحدث عن أقسام العقود في الفصل الخامس من الباب المذكور: ٣٦٢ - ٥٥٧؛ موسى / الأموال ونظرية العقد، حيث تحدث عن نظرية العقد في القسم الثالث: ٢٤٧ - ٥٠٨؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام، حيث تحدث في القسم الثاني عن النظريات الفقهية الأساسية في مباني الأحكام، وتحدث في الباب الثاني من هذا القسم عن نظرية العقد، وتحدث في الفصل الخامس من الباب المذكور عن تقسيم العقود: ٢٨٨/١ - ٥٨٧؛ زيدان / المدخل لدراسة الشريعة، حيث تحدث في الباب الثاني من القسم الثاني من الكتاب عن نظرية العقد، وتحدث في الفصل الخامس عن أقسام العقد: ٣٠٧ - ٣٩٨؛ السهوري / نظرية العقد (النظرية العامة للالتزامات) .

ومنها : تقسيم العقود من ناحية الصيغة ، فيقسمون العقود بهذا النظر إلى عقود منجزة ، وعقود مضافة ، وعقود معلقة . وغيرها من التقسيمات التي ذكرها الفقهاء .
ثالثا : فيه بيان لسعة الفقه الإسلامي وبعده عن الحرج والضيق . ولأنه يدل على عناية الشريعة الإسلامية وشدة محافظتها .

فلكل ما تقدم ولغيره وقع اختياري على موضوع :

((أقسام العقود في الفقه الإسلامي))

لتسجيله موضوعا لئيل درجة الماجستير في الفقه . فأقدمت على ذلك وأنا أنشد العون والسداد والتوفيق من رب العزة والجلال .
وحيث إن جزئيات هذا الموضوع لم تكن محصورة في باب من أبواب الفقه أو في قسم من أقسامه فقد لاقيت في جمعها وتنظيمها مشقة عظيمة وجهدا كبيرا حتى جمعت بتوفيق الله ما تيسر جمعه من جزئيات هذا الموضوع من عامة أبواب الفقه في كتب المذاهب الفقهية وما يعين على ذلك من كتب التفسير والحديث وغيرهما مما احتيج في بناء هذه الرسالة .

خطة البحث :

اشتملت هذه الرسالة على مقدمة وبابين وخاتمة :

المقدمة : وقد اشتملت على ما يلي :

أولا — أهمية الموضوع وسبب اختياره .

ثانيا — خطة البحث .

ثالثا — منهج البحث .

الباب الأول التمهيدي — لمحة عن العقد والتعريف به وذكر أركانه وشروطه وحكمه .

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : لمحة تاريخية عن العقد وأهميته في معاملات الناس وأثر الرضا والحريّة

والعرف والوفاء في العقود .

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : لحة تأريخية عن العقد .

المبحث الثاني : أهمية العقود في معاملات الناس .

المبحث الثالث : أثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : الرضا .

المطلب الثاني : موقف الفقهاء من قاعدة حرية العقود والشروط .

المطلب الثالث : اعتبار العرف أساسا في تحديد الالتزامات .

المطلب الرابع : الوفاء بالعقود .

الفصل الثاني : التعريف بالعقد .

ويشتمل هذا لفصل على مبحثين :

المبحث الأول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد لغة .

المطلب ثاني : تعريف العقد اصطلاحاً .

المبحث الثاني : الفرق بين العقد والتصرف ، والعقد والالتزام .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف التصرف والفرق بينه وبين العقد .

المطلب الثاني : تعريف الالتزام والفرق بينه وبين العقد .

المطلب الثالث : العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام .

الفصل الثالث : أركان العقد وشروطه وحكمه .

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في أركان العقد .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : ذكر اختلاف الفقهاء في تحديد الركن في العقود .

المطلب الثاني : في بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف الصيغة لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : شروط الصيغة .

المطلب الثالث : في بيان الركن الثاني من أركان العقد : محل العقد .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف محل العقد .

الفرع الثاني : شروط محل العقد .

المطلب الرابع : في بيان الركن الثالث من أركان العقد : العاقدان .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : الأهلية .

الفرع الثاني : الولاية .

المبحث الثاني : في شروط العقد .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الشروط العامة .

المطلب الثاني : الشروط الخاصة .

المبحث الثالث : حكم العقد .

الباب الثاني — في ذكر تقسيمات العقود في الفقه وصورها .

ويشتمل على ثمانية فصول :

الفصل الأول : أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وعدمه .

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : العقود المسماة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقود المسماة .

المطلب الثاني : التعريف بأشهر العقود المسماة المعروفة في الفقه الإسلامي :

- | | |
|-----------------|----------------|
| ١- عقد الهدنة . | ٢- عقد الذمة . |
| ٣- عقد البيع . | ٤- الإقالة . |
| ٥- الصرف . | ٦- السلم . |
| ٧- القرض . | ٨- الرهن . |
| ٩- الكفالة . | ١٠- الحوالة . |
| ١١- الصلح . | ١٢- الوكالة . |
| ١٣- الشركة . | ١٤- المساقاة . |
| ١٥- المغارسة . | ١٦- المزارعة . |
| ١٧- الإجارة . | ١٨- المسابقة . |
| ١٩- العارية . | ٢٠- الوديعة . |
| ٢١- الجعالة . | ٢٢- الوقف . |
| ٢٣- الهبة . | ٢٤- الوصية . |
| ٢٥- النكاح . | ٢٦- القسمة . |

المبحث الثاني : العقود التي كانت غير مُسمَّاة .

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقود غير المُسمَّاة .

المطلب الثاني : أمثلة العقود التي كانت غير مُسمَّاة :

- ١- بيع الوفاء .
 - ٢- عقد الإجارَتين في الأموال الموقوفة .
 - ٣- عقد التحكير في الأموال الموقوفة .
 - ٤- بيع الاستحجار .
- المطلب الثالث : أمثلة حديثة لهذه الطائفة من العقود :
- ١- عقد الإعلان في الصحف أو سواها من الوسائط .
 - ٢ - عقد النشر .
 - ٣ - عقد المضايقة .

٤ — عقد التوريد .

٥ — عقد الإذعان .

٦ — الاتفاقات .

الفصل الثاني : أقسام العقود بالنظر إلى صحة العقد وعدمها .

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : العقد الصحيح .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد الصحيح .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف الصحة لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : العقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء .

الفرع الثالث : المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي .

المطلب الثاني : حكم العقد الصحيح .

المطلب الثالث : أقسام العقد الصحيح .

القسم الأول : العقد النافذ .

القسم الثاني : العقد غير النافذ وهو العقد الموقوف .

المبحث الثاني : العقد غير الصحيح .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد غير الصحيح .

المطلب الثاني : في التعريف بمصطلح الباطل والفساد .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : حدهما في اللغة .

الفرع الثاني : حدهما في الاصطلاح ، ويشتمل على ما يلي :

أولاً : الباطل والفساد مترادفان في فقه العبادات باتفاق الفقهاء .

ثانياً : اختلاف الفقهاء في التفريق بين العقد الباطل والفساد في المعاملات .

المطلب الثالث : منشأ الخلاف بين الحنفية ، وجمهور الفقهاء .

المطلب الرابع : فيما خالف فيه الجمهور أصلهم القاضي بترادف البطلان والفساد .

المبحث الثالث : أحكام وآثار العقد الباطل والعقد الفاسد .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : حكم العقد الباطل .

المطلب الثاني : سبب البطلان .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على العقد الباطل ومستنياتها .

وفيه فرعان :

١— الآثار المترتبة على بطلان العقود .

٢— الآثار المترتبة على العقد الباطل استثناء من النتيجة الأساسية لبطلان العقود .

المطلب الرابع : حكم العقد الفاسد عند الحنفية .

ويشتمل على الفروع التالية :

أولاً : حكم العقد الفاسد قبل القبض .

ثانياً : حكم العقد الفاسد بعد القبض .

ثالثاً : وجوب فسخ العقد الفاسد .

رابعاً : ضابط في العقود التي يجري فيها الفساد عند الحنفية .

المطلب الخامس : أثر العقد الفاسد في الضمان .

المطلب السادس : أسباب الفساد العامة والخاصة .

الفصل الثالث : أقسام العقود من ناحية الصيغة .

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : العقد المنجز ، وحكمه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد المنجز .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف التنجيز لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : تعريف العقد المنجز .

المطلب الثاني : حكم العقد المنجز .

المبحث الثاني — العقد المضاف ، وحكمه .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد للمضاف .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف الإضافة لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : تعريف العقد المضاف .

المطلب الثاني : حكم العقد المضاف .

المطلب الثالث : علاقة الأجل بالعقد .

المطلب الرابع : أقسام العقود بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها .

المطلب الخامس : في الفروق .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : أوجه الشبه والفرق بين العقد المضاف والعقد الموقوف .

الفرع الثاني : الفرق بين العقد المؤقت والمضاف .

الفرع الثالث : الفرق بين العقد المؤقت والمنجز .

المبحث الثالث : العقد المعلق ، وحكمه .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد المعلق .

المطلب الثاني : حكم العقد المعلق .

المطلب الثالث : شروط صحة التعليق .

المطلب الرابع : أقسام العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدم قبولها .

المطلب الخامس : في الفروق .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : الفرق بين التعليق والإضافة .

الفرع الثاني : الفرق بين الشرط والتعليق .

المطلب السادس : فائدة في ذكر كيفية ثبوت الأحكام في العقود .

الفصل الرابع : أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه .

ويشتمل هذا الفصل على ستة مباحث :

المبحث الأول : في بيان المراد بالعقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في بيان المراد بالعقد اللازم .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف العقد اللازم .

الفرع الثاني : الفرق بين الإلزام واللزوم .

المطلب الثاني : في بيان المراد بالعقد غير اللازم (الجائز)

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف العقد غير اللازم .

الفرع الثاني : ضابط العقد غير اللازم .

المبحث الثاني : أقسام العقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أقسام العقد اللازم .

المطلب الثاني : أقسام العقد غير اللازم (الجائز) .

المبحث الثالث : متى تثبت صفة اللزوم في العقود اللازمة ؟

المبحث الرابع : الخيارات وأثرها في العقود اللازمة .

المبحث الخامس : حكم ورود الخيار وعدمه على العقود اللازمة والجائزة .

المبحث السادس : الفسخ في العقود اللازمة وغير اللازمة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أسباب الفسخ في العقود اللازمة .

وفيه خمسة فروع :

الأول : الفسخ بسبب الفساد .

الثاني : الفسخ بسبب الخيار .

الثالث : الفسخ بسبب الإقالة .

الرابع : الفسخ لعدم إمكان التنفيذ .

الخامس : لانتهاء مدة العقد أو انتهاء غرضه .

المطلب الثاني : الفسخ في العقود غير اللازمة .

الفصل الخامس : أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه .

ويشتمل هذا الفصل على خمسة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الضمان ، وبيان أسبابه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الضمان لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أسباب الضمان .

المبحث الثاني : عقود الضمان ، وأمثلتها .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : الضمان في عقد البيع :

ويشتمل على مسألتين :

الأول : إذا هلك المبيع كله في يد البائع (قبل القبض) .

الثاني : هلاك المبيع كله بعد القبض .

المطلب الثاني : الضمان في عقد الصلح عن مال بمال .

المطلب الثالث : الضمان في عقد القرض .

المطلب الرابع : الضمان في عقد النكاح .

ويشتمل على مسألتين :

الأول : في ضمان تلف الصداق المعين قبل القبض .

الثاني : في ضمان تلف الصداق للمعين بعد القبض ، إذا طلقها قبل الدخول .

المبحث الثالث : عقود الأمانة ، وأمثلتها .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : ضمان الوديعة .

المطلب الثاني : ضمان العارية .

المطلب الثالث : الضمان في الشركة .

المطلب الرابع : الضمان في عقد المضاربة (القراض) .

المطلب الخامس : الضمان في عقد الهبة .

المطلب السادس : الضمان في عقد الوصية .

المبحث الرابع : عقود مزدوجة الأثر ، وأمثلتها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : بيان وجه الضمان ووجه الأمانة في عقد إجارة منافع الأعيان .

المطلب الثاني : الضمان في عقد الرهن .

المطلب الثالث : بيان وجه الضمان ووجه الأمانة في عقد الصلح عن مال بمنفعة .

المبحث الخامس : في ذكر القاعدة العامة عند الفقهاء المتعلقة بالضمان في العقود وأهم

الضوابط .

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : القاعدة العامة عند الفقهاء في ضمان الأعيان والأموال بالعقد .

المطلب الثاني : ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة .

المطلب الثالث : في الفروق .

وفيه ثلاثة فروع :

الأول : ضابط في الفرق بين ضمان العقد ، وضمان اليد .

الثاني : ضابط في الفرق بين ضمان العقد وضمان الإتلاف .

الثالث : ضابط في الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان اليد .

الفصل السادس : أقسام العقود بالنظر إلى غاية العقد .

ويشتمل هذا الفصل على ستة مباحث :

المبحث الأول : عقود التملكيات ، وأمثلتها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أسباب التملك .

المطلب الثاني : أقسام عقود التملكيات .

وفيه فرعان :

الأول : تقسيم عقود التملكيات إلى عقود اختيارية ، وعقود جبرية .

الثاني : تقسيم عقود التملكيات إلى عقود معاوضات ، وعقود تبرعات ، وعقود تبرع

ابتداء ومعاوضة انتهاء .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على عقود التملكيات .

وفيه ثلاثة فروع :

الأول : أثر عقود التملكيات في الفرق بين تملك الانتفاع وملك المنفعة .

الثاني : عقود التملكيات قد تقع على الأعيان أو على المنافع .

الثالث : أنواع الملكية الناتجة عن عقود التملكيات .

المبحث الثاني : عقود الاشتراكات ، وأمثلتها .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بيان المراد بعقود الاشتراكات .

المطلب الثاني : أقسام شركة العقد .

وفيه ثلاثة فروع :

الأول : أقسام الشركة باعتبار محلها .

الثاني : أقسام شركة العقد باعتبار التساوي والتفاوض .

الثالث : أقسام شركة العقد باعتبار العموم والخصوص .

المبحث الثالث : عقود التفويض ، وأمثلتها .

المبحث الرابع : عقود التوثيقات ، وأمثلتها .

المبحث الخامس : عقود الحفظ ، وأمثلتها .

المبحث السادس : عقود الإسقاطات ، وأمثلتها .

الفصل السابع : أقسام العقود بالنظر إلى اشتراط القبض .

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف القبض وكيفيته وأثره في العقود .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القبض لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : كيفية القبض (طرقه ، وصور تحقق عند الفقهاء) .

المطلب الثالث : أثر القبض في العقود في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : العقود الرضائية وضوابطها .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد الرضائي .

المطلب الثاني : ذكر ضابط هذا القسم ، وأمثله .

المبحث الثالث : العقود القبضية (العينية) وضوابطها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في القسم الأول : العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية .

وفيه أربعة فروع :

الأول : القرض .

الثاني : الهبة .

الثالث : العارية .

الرابع : العقد الفاسد .

المطلب الثاني : في القسم الثاني : العقود التي يشترط القبض فيها لصحتها .

وفيه ثلاثة فروع :

الأول : الصرف .

الثاني : بيع الأموال الربوية .

الثالث : السلم .

المطلب الثالث : في القسم الثالث : العقود التي يشترط القبض فيها للزومها .

وفيه أربعة فروع :

الأول : القرض .

الثاني :الرمهن .

الثالث : الوقف .

الرابع : الهبة .

المبحث الرابع : قاعدة في العقود التي يشترط قبض المحل فيها قبل التصرف فيه ببيع ونحوه ، والعقود التي لا يشترط فيها ذلك .

الفصل الثامن : تقسيمات حديثة للعقود .

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث :

المبحث الأول — أقسام العقود بالنظر إلى الفورية والاستمرارية .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول — العقود الفورية .

المطلب الثاني — العقود الاستمرارية .

المطلب الثالث — أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية .

المبحث الثاني — أقسام العقود بالنظر إلى الأصلية والتبعية .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : العقود الأصلية ، وأمثلتها .

المطلب الثاني : العقود التبعية ، وأمثلتها .

المبحث الثالث — أقسام العقود من حيث الموضوع .

المبحث الرابع — أقسام العقود من حيث الطبيعة .

الخاتمة : وتتضمن خلاصة البحث وأهم النتائج .

منهج البحث :

يتلخص المنهج الذي سلكته في هذا البحث في النقاط التالية :

- ١ — لا تهدف هذه الرسالة إلى المقارنة التفصيلية الشاملة ، وذلك لكثرة التفاصيل وتشعبها . فلم أحرص كثيراً على التفاصيل والجزئيات ، لأن الهدف الأساسي هو إبراز المبادئ الكبرى والقواعد الأصلية ، لذا ذكرت مسائل أو صوراً يظهر فيها الخلاف جلياً ، وليس القصد من إيرادها بيان الأدلة والمناقشات لأن ذلك يضيق عنه الوقت ولطول البحث اكتفيت ببيان الاختلاف في الصور — على غرار الكتابة في القواعد — .
- ٢ — في دراسة الفروع الفقهية اتبعت أسلوب الموازنة الفقهية بين المذاهب الأربعة ، إضافة إلى المذهب الظاهري حسب الحاجة في عرض مسألة معينة .
- ٣ — عرضت الآراء الفقهية ما أمكنني ذلك ، ثم الأدلة ، ثم المناقشات ، ثم الترجيح بحسب ما يظهر لي من قوة الأدلة ، وقد أتوقف عن الترجيح في بعض المسائل . ولم أشذ عن ذلك إلا إذا لم يمكن الجمع بين المذاهب الفقهية ، لاختلافها ، أو لوجود تفرعات عديدة للمذهب الواحد ، فأفرد كل مذهب على حدة ، أو عند الكلام عن مسألة من وجه مخصوص لاستكمال تقسيم معين .
- وأيضاً في بعض المسائل كنت أذكر القول وألحقه بدليله ، إن خدم المسألة ، وكان إفراده يؤدي إلى بتر الموضوع .
- ٤ — نسبت الآيات إلى سورها ، وأشرت إلى رقم الآية .
- ٥ — قمت بتخريج الأحاديث والآثار من الكتب المعتمدة ، مع ذكر درجة كل حديث ، وتعليقات العلماء عليه إن وجدت ، إلا ما ذكر في الصحيحين أو أحدهما فإني أكتفي بتخريجه منهما أو من أحدهما . وإذا تكرر الحديث أحلت على ما ذكر بقولي (تقدم تخريجه) .
- ٦ — قمت بالترجمة للأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة ، عند ذكر العلم للمرة الأولى .
- ٧ — وضحت المصطلحات الغريبة والغامضة في البحث .

٨ — رجعت خلال بحثي لهذا الموضوع إلى المصادر الأصلية التي تناولته ، سواء أكانت مصادر تفسر أم حديث أم فقه أم أصول فقه أم لغة أم ما يتعلق منها بالرجال . كما استعنت بما كتب في هذا الموضوع من كتب حديثة ، وذلك إتماماً للفائدة ، وتحقيقاً للغاية المنشودة .

٩ — اعتمدت على طريقة التوثيق المختصر في الحاشية ، وذلك بذكر لقب المؤلف أو شهرته واسم الكتاب فقط في كل مرة يرد ذكر المرجع .

١٠ — جرى في هذه الرسالة استعمال رموز ومصطلحات في الكتابة وفي العزو والإحالة أوضحها فيما يلي :

أ — حرف القاف مسبوقاً باسم كتاب هو رمز القاعدة من الكتاب المذكور ، كما في القواعد للإمام ابن رجب .

ب — حرف الفاء مسبوقاً باسم كتاب هو رمز الفرق في الكتاب المذكور ، كما في الفروق للإمام القرافي .

ج — حرف الميم مسبوقاً باسم كتاب هو رمز المادة ذات الرقم من الكتاب المذكور ، كمجلة الأحكام العدلية ، ومجلة الأحكام الشرعية ، هكذا مثلاً : مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٢) ، وأيضاً هو رمز المادة في كتب المعاجم اللغوية .

د — جرى استخدام الرموز التالية في توثيق الإحالات : الصفحة = ص ، الحاشية = ش .

١١ — قمت بعمل فهرس للآيات القرآنية ، والأحاديث النبوية الشريفة ، والآثار ، والقواعد الفقهية ، والأعلام ، والمصادر والمراجع ، والموضوعات .

أما فهرس الآيات فمرتّباً حسب سور القرآن .
وأما فهرس الأحاديث والآثار والقواعد الفقهية فمرتّب ترتيباً هجائياً ، لسهولة الوصول في الكشف عن المطلوب .

وأما فهرس الأعلام ، فمرتّب ترتيباً هجائياً بحسب ورود العلم (بالاسم أو الكنية أو الشهرة) في البحث .

وأما فهرس المصادر والمراجع ، فيحسب الفنون ، فالقرآن الكريم ، ثم كتب التفسير
فكتب الحديث وهكذا .

ويعد :

فالكمال لله عز وجل والعصمة للأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، وهذا جهد المقل ،
فإن أصبت — وهو ما أرجو — فتوفيق من الله عز وجل ، وإن أخطأت أو قصرت فهو
مني ومن الشيطان .

أسأل الله تعالى ، أن يجنبني الزلل ، وأن يعصمني من الخطأ ، وأن يوفقني لما يحبه
ويرضاه ، وأن يجعل ما أكتبه علما نافعا وعملا صالحا ، إنه على كل شيء قدير .
سبحان ربك رب العزة عما يصفون ، وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين .

أم محمد

الباب الأول التمهيدى

محة عن العقد والتعريف به وذكر أركانه وشروطه وحكمه

ويتمثل هذا الباب على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: محة تاريخية عن العقد وأهميته في معاملات الناس وأثر الرضا والحرية والعرف والرفاء في العقود.

الفصل الثانى: التعريف بالعقد.

الفصل الثالث: أركان العقد وشروطه وحكمه.

الفصل الأول

محة تاريخية عن العقد وأهميته في معاملات الناس وأثر الرضا
والحرية والعرف والوفاء في العقود

ويتمثل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : محة تاريخية عن العقد .

المبحث الثاني : أهمية العقود في معاملات الناس .

المبحث الثالث : أثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : الرضا .

المطلب الثاني : موقف الفقهاء من فاعلة حرية العقود والشرط .

المطلب الثالث : اعتبار العرف كأساس في تحديد الالتزامات .

المطلب الرابع : الوفاء بالعقود .

المبحث الأول — لمحة تاريخية عن العقد .

عرف البشر أصل العقد من أقدم العصور ، فليس غريبا أن يُلزم الشخص نفسه بالتزامات يُطلب منه الوفاء بها حالا أو مستقبلا ؛ لأن الحياة العملية للأفراد اقتضت ذلك بسبب كون هؤلاء الأفراد أعضاء في مجتمع تربط أعضائه جملة روابط اجتماعية واقتصادية . غير أنه لا يُعرف بعد كيف نشأت فكرة التعاقد على الالتزامات ، وعن أي عوامل تولدت إلا على سبيل الظن والتخمين .

ويرى بعض العلماء الباحثين أن أول ما عرفه البشر من التعامل هو التبادل الفوري . فعند الاحتياج كان الإنسان يعطي ، يأخذ بقدر ما يعطي . ثم تولد التعاقد على الالتزامات التي يكون الإنسان مسئولا عن تنفيذها في المستقبل عن طريق دية القتل . فقد كان الاعتداء يوجب الثأر الفعلي بالحرب بين الأسرتين . ثم عُرف أخذ الدية مكان الثأر ، وقد لا يتمكن المعتدي من دفعها ، فيُستعمل لجمعها من أسرته أو قبيلته ، ويضع في مقابلها رهينة إلى أجل ، ويقال إن هذا هو الأصل التاريخي للالتزام التعاقدي .

ويرى آخرون أن أصل العقد هو : اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما ، ثم انتقلت فكرة التعاقد من إجراءات التقاضي إلى دائرة المعاملات ^(١) .

وقد مرَّ العقد بأطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية ، والجريئة ، وقوة الاعتبار ، وحسب الرأي السائد في تاريخ الشرائع فقد كان العقد قديما مُطَوَّقًا ومثقلا بالشكليات : ففي التشريع الروماني القديم ، نجد من مميزاته وخواصه : كثرة الرسميات التي لا طائل بها ، فكان لأنواع العقود من بيع ونكاح وغيرها مراسم وأشكال ضرورية لإبرام العقود ، أما العقد الحالي من الشكل والألفاظ المرسومة فلم يكن عند الرومانيين القديما نافذا ولا ملزما .

فلمعاقدة لانتقال الملكية ، مثل الوصية تقتضي عند الروميين إمضاء سبعة من الشهود ، وفي أقدم عقد روماني معروف وهو عقد القرض الشكلي المسمى ((نكسوم)) كان يجب أن يحضر عاقدان مع حامل الميزان وخمسة شهود ، وكان يتلفظ العاقدان بحضور من ذكر

(١) انظر : السنهوري / نظرية العقد : ٨٧ — ٩٠ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٢٩٥/١ — ٢٩٦ .

بألفاظ لاتينية تقليدية مرسومة تدل على رغبتهما في إنشاء العقد ، أما حضور حامل الميزان فكان رمزاً تقليدياً باقياً من عادة وزن النقود في أول العهد بالتعامل والمبادلة ^(١) .

وفي جاهلية العرب كانت البيوع تطفئ الشكالية فيها على حرية أحد العاقدین وإرادته كبيع الملامسة ^(٢) ، والمنازلة ^(٣) ، والحصاة ^(٤) ، وقد نهي النبي ﷺ عن هذه البيوع ، وفي هذا يروي لنا الإمام البخاري ^(٥) رحمه الله عن أبي سعيد ^(٦) رضي الله عنه ((أن رسول الله ﷺ

^(١) انظر : (س.ف. فيتز جerald / s.v. fitz gerald) / مجموعة مقالات لعدة مؤلفين ، هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي ، ((المقالة الخامسة الدين المزعوم للقانون الرومي على القانون الإسلامي)) تعريب محمد سليم العوا : ١٦٢ ؛ مختصان / النظرية العامة للموجبات والمقنود : ٢٥/٢ - ٢٦ ؛ السنهوري / نظرية العقد : ٩٠ ، ٣٠ .

^(٢) بيع الملامسة : وفي تأويله ثلاثة أوجه : الأول : أن يأتي ثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستام ، فيقول صاحبه بعك هذا الثوب بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته . والثاني : أن يجعل نفس اللبس بيعاً ، فيقول : إذا لمسته فهو مبيع لك . والثالث : أن يبيعه شيئاً على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره . وهذا البيع باطل على التأويلات كلها . [انظر : النووي / شرح صحيح مسلم : ١٥٤/١٠ - ١٥٥]

^(٣) بيع المنازلة : وفي تأويله ثلاثة أوجه : الأول : أن يجعل نفس النبد بيعاً . والثاني : أن يقول البائع : بعك هذه السلعة ، فإذا نزلها إليك انقطع الخيار ولزم البيع . والثالث : المراد نبد الحصاة . وهذا البيع باطل على التأويلات كلها لما فيه من الغرر . [انظر : النووي / شرح صحيح مسلم : ١٥٥/١٠] .

^(٤) بيع الحصاة : هو بيع ما وقعت عليه الحصاة . وهذا التفسير موضع اتفاق بين الفقهاء ، وله صور أخرى ذكرها الفقهاء فلتنظر في مظانها . [انظر : الزيلعي / تبين الحقائق : ٤٨/٤ ؛ ابن هشام / فتح القدير : ٤١٧/٦ ؛ الدردير / الشرح الكبير : ٥٧/٣ ؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٥٧/٣ ؛ الخلي / شرح الخلي على المناهج : ١٧٦/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٦٧/٣ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٣٢/٤ ، ٣٣] .

^(٥) محمد بن إسماعيل بن المغيرة البخاري (١٩٤ - ٢٥٦ هـ) : أبو عبد الله ، حر الإسلام ، والحافظ لحديث رسول الله ﷺ . ولد في بخارى ، ونشأ يتيماً ، وكان حاد الذكاء مبرزاً في الحفظ . رحل في طلب الحديث ، وجمع نحو ألف شيخ ، جمع نحو ستمائة ألف حديث ، اختار مما صح منها كتابه (الجامع الصحيح) الذي هو أوثق كتب الحديث ، وله أيضاً (التاريخ) ، و(الضعفاء) ، و(الأدب المفرد) .

[انظر : الذهبي / سير أعلام النبلاء : (٣٩١/١٢ - ٤٧١) ؛ الزركلي / الأعلام : (٣٤/٦)] .

^(٦) سعد بن مالك بن سنان بن غنيد الأنصاري ، المدني ، المشهور بابي سعيد الخدري (٩٠ هـ - ٧٤ هـ) : له ولأبيه صحة ، من صفار الصحابة وخيارهم . كان من السمكتين للرواية عن النبي ﷺ ، فحبها بجهدها ، ممن بايعوا رسول الله ﷺ ألا تأخذهم في الله لومة لائم . شهد معه الخندق وما بعدها . مات بالمدينة .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : (٢١٣/٢) ؛ الذهبي / سير أعلام النبلاء : (١٦٨/٣ - ١٧٢) ؛ الزركلي / الأعلام : (٨٧/٣)] .

نَهَى عَنِ الْمُنَابَذَةِ وَهِيَ طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إِلَى الرَّجُلِ قَبْلَ أَنْ يُقْلَبَهُ أَوْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ ، وَنَهَى عَنِ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُلَامَسَةُ لَمَسُ الثَّوبِ لَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ)) (١) .

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ (٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : ((نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْقَرَرِ)) (٣) .

وإذا فقد جاء التشريع الإسلامي بإطلاق العقود من القيود والشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه ، وإخضاعها مجرد الإيجاب والقبول الصادرين بمجرد التراضي واعتباره هو الملزم دون القيود والشكليات ، إلا أن هناك طائفة من العقود تخضع في انعقادها لشيء من الشروط (٤) الشكلية ، وذلك لتعلق هذه الشكليات بالغاية المقصودة من العقد ،

(١) متفق عليه ، واللفظ للبخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٩٤/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب بيع الملامسة (٦٢) ، حديث (٢١٤٤) .

مسلم ، الصحيح : ١١٥٢/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (١) ، حديث (١٥١٢) .

(٢) عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ صَخْرٍ الدُّوسِي ، مشهور بكنية أَبُو هُرَيْرَةَ (٢١ ق هـ - ٥٩ هـ) : صحابي جليل ، ومن المكثرين في رواية الحديث ، أسلم سنة ٧ هـ ، وهاجر إلى المدينة . لزم صحة النبي ﷺ فروى عن أكثر من خمسة آلاف حديث . ولاء عمر بن الخطاب على البحرين ثم عزله للين عريكته ؛ وولى المدينة في خلافة بني أمية ؛ توفي بالمدينة .

[انظر : ابن حجر / الإصابة في تمييز الصحابة : (٤٠٣/٢) ؛ (٢٠٢/٤ - ٢١١) ؛ ابن الأثير / أسد الغابة : (٣٥٧/٣) ؛ (٣٢١ - ٣٢١/٥) ؛ الزركلي / الأعلام : (٣٠٨/٣)] .

(٣) بيع القرر : " هو ما كان له ظاهر يُقَرَّ للمشتري ، وباطنٌ مجهول " ، كبيع الآبق والمعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك في الماء الكثير واللبن في الضرع وبيع الحمل في البطن ونظائر ذلك ، وكل هذا يبيعه باطل ؛ لأنه غرر من غير حاجة .

[ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر : ٣٥٥/٣ ، وانظر : النووي / شرح صحيح مسلم : (١٥٦/١٠)] .

الحديث رواه مسلم .

مسلم ، الصحيح : ١١٥٣/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، بَابُ يُطْلَانِ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ عَرَرٌ (٢) ، حديث (١٥١٣) .

(٤) الشروط جمع شرط وهو في اللغة : إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه ، والشرط بتحريك السراء : العلامة ، وجمعها أشرط ، ومنه أشرط الساعة أي علاماتها . والشرط عند النجاة ترتيب أمر على أمر آخر بأداة مثل إن وإذا ومهما .

والشرط في الاصطلاح : ما يتوقف عليه وجود الشيء دون أن يكون جزءاً من الماهية . =

كاشتراط القبض في طائفة من العقود تسمى بالعقود القبضية أو العينية ، واشتراط الشهود لصحة عقد النكاح عند من يرى ذلك ^(١) ، فالأمر الشرعي بلزوم الشهود والإعلان في النكاح إنما هو لتمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء المحصنات عن الاشتباه بالبغياء ، ولذا شرع في النكاح الاحتفال بضرب الدف والوليمة مما يوجب الشهرة ^(٢) ، وتسمى هذه الطائفة من العقود بالعقود الشكلية ^(٣).

= والشرط قد يكون شرعياً وقد يكون جعلياً ، فالشرعي هو : ما وضعه الشارع وألزمنا مراعاته وأوجب علينا احترامه ، وإذا خالفه المكلف لم يصح تصرفه ، كالشهود للنكاح عند من يرى ذلك ، والطهارة للصلاة ، فإن وجودهما الشرعي موقوف على الشهود والطهارة توفيقاً شرعياً . وهو المقصود بالشروط هنا .
والجعلي : ما يشترطه المعاهدان أو أحدهما ، ويكون القصد منه تحقيق مصالح خاصة ، وقد يكون مقترناً بالعقد أو معلقاً عليه .

[انظر : (م : شرط) : الفيروز آبادي / القاموس المخطط : ٣٦٨/٢ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٤٧٨/١-٤٧٩ ؛ منلا خسروا / مرآة الأصول : ٤٢١/٢ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٦٩/٤ ؛ القراني / الفروق (ف : ٣) : ٦٢/١ ؛ المكي / تذييل الفروق والقواعد السنية (ف : ٣) : ٥٩/١ - ٦٠ ؛ ابن القيم / إعلام الموقعين : ٢٠٤/٣ ؛ أبا زهرة / أصول الفقه : ٦١] .

^(١) اختلف الفقهاء في اشتراط الشهادة لصحة النكاح على قولين : الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الإشهاد شرط في صحة النكاح ، وبدونه يكون فاسداً .

الثاني : ذهب للمالكية إلى أن أصل الإشهاد على البناء واجب أما وجوده عند العقد فمستحب ، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد وجد الأمران الاستحباب والوجوب ، وإن فقد عند العقد ووجد عند الدخول ، فقد حصل الواجب وفات الاستحباب ، وإن لم يوجد عند واحد منهما فالنكاح فاسد . [انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٥٢/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢١٦/٢ ؛ العدوي / حاشية العدوي على الحارثي : ١٦٧/٣ ؛ الشيرازي / المهذب : ٤٠/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحارثي : ٣٣٩/٧]

^(٢) انظر : ابن تيمية / الفتاوى الكبرى : ٤١٠/٣ .

^(٣) انظر تقسيم العقود بالنظر إلى الرضائية والشكلية أو أقسام العقود من حيث التكوين ، ص : ٣٩١ ، م : ١٠ .

المبحث الثاني - أهمية العقود في معاملات الناس .

إن الإنسان مفتقر بالطبع إلى ما يقوته ويُموّنه في حالاته وأطواره من لدن نشوئه إلى بلوغ أشده وإلى كبره ، فلا غنى لكل إنسان - لكونه مدنيا بالطبع - من العيش المشترك مع الجماعة ، لتأمين حاجاته . والله سبحانه وتعالى خلق جميع ما في العالم للإنسان وامن به عليه في آيات كثيرة فقال : ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِّنْهُ ﴾^(١) و﴿ سَخَّرَ لَكُمُ الْبَحْرَ ﴾^(٢) و﴿ وَسَخَّرَ لَكُمُ الْفُلْكَ ﴾^(٣) وكثير من الشواهد الأخرى .

ويد الإنسان مبسطة على العالم وما فيه بما جعل الله له من الاستخلاف ، وأيدي البشر منتشرة وهي مشتركة في ذلك ، وما حصلت عليه يد هذا امتنع عن الآخر إلا بعوض . فالإنسان متى اقتدر على نفسه ، وتجاوز طور الضعف ، سعى في اقتناء المكاسب ، لينفق ما آتاه الله منها في تحصيل حاجاته وضروراته ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين ، فالتعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل^(٤) ، ولا تخلو الحياة اليومية لأي فرد من إبرام عقد من العقود ، وقد جاء التشريع الإسلامي منظماً لأموال الدين والدنيا بما اشتمل عليه من أصول وقواعد تنظم علاقة الإنسان بربه ، وعلاقته بغيره من الأفراد ، وعلاقته بالجمتمع الذي يعيش فيه .

والفقه الإسلامي جزء من هذا التشريع ، وهو الأداة التي تنظم حياة الفرد بقسميه : العبادات والمعاملات ، فهو نظام روحي وبدني .

وقد اشتمل الفقه الإسلامي على القواعد والضوابط التي تضبط أصول التعامل وتنظمه وتخضع المبادلات بصورها المتعددة لما يعرف بنظرية العقد ، التي تضبط أصول التعامل والتبادل بين المتعاقدين وتبرز سمات العقود في الفقه الإسلامي^(٥) .



(١) سورة الجاثية : آية ١٣ .

(٢) سورة الجاثية : آية ١٢ .

(٣) سورة إبراهيم : آية ٣٢ .

(٤) انظر : ابن خلدون / مقدمة ابن خلدون : ٤٧/٢ .

(٥) انظر : أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٦٨ / ٤ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام في مصالح الأناس :

٦٩/٢ ؛ الزنجاني / تخريج الفروع على الأصول : ١٤٥ .

المبحث الثالث — أثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول — الرضا :

جاء التشريع الإسلامي بالقضاء على جميع عناصر الإكراه لكونه أبغى ما يقدر في الرضا لما فيه من حمل المتعاقدين على إبرام العقد جبرا ودون اختيار منهما أو من أحدهما ، وأطلق حرية الإرادة ^(١) في تكوين العقد . وقد دلّ القرآن والسنة على أن رضا الإنسان أساس في كل العقود ، فيتوقف عليه حلها وانعقادها ^(٢) .

قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٣) .

فاشترط التراضي : وهو الرضا من الجانبين في سائر التجارات ، والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الربح ، إلا أن قوله تعالى ﴿ بِالْبَاطِلِ ﴾ أخرج كل عوض لا يجوز شرعا من ربا أو جهالة أو تقدير عوض فاسد كالخمر والخزير ووجه الربا حتى وإن كان هناك تراض ^(٤) . وخصّ الأكل هنا بالذكر ، وإن كانت كل التصرفات الباطلة محرمة ؛ لأن المقصود الأعظم من الأموال الأكل ^(٥) .

والاستثناء في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٦) فيه وجهان : أحدهما : أنه منقطع ، لأن التجارة عن تراض ليست من جنس أكل المال بالباطل ، والتقدير لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، لكن إن حصلت تجارة وتراضيتما بها فليس بباطل .

(١) الإرادة في اللغة : المشيئة .

وفي اصطلاح الفقهاء تستعمل بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه .

[انظر (م : شتة) : الغرور أبادي / القاموس المحيط : ١٩/١ ؛ الجرجاني / التعريفات : ٣٠ ؛ ابن نجيم /

البحر الرائق : ٣٢٢/٣] .

(٢) انظر : ابن تيمية / القواعد النورانية : ٧٣ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٩ .

(٤) انظر : الجصاص / أحكام القرآن : ١٧٢/٢ ؛ ابن العربي / أحكام القرآن : ٤٠٨/١ .

(٥) انظر : الرازي / التفسير الكبير ومفاتيح الغيب : ٧٢/١٠ ؛ الجصاص / أحكام القرآن : ٥٨/٢ .

(٦) سورة النساء : آية ٢٩ .

والثاني : أنه متصل ، والتقدير لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وإن تراضيتُم كالربا وغيره ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ^(١) .

وقال عز وجل في الصداق : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ ^(٢) . فدلَّت الآية على جواز هبة المرأة للمهر للزوج إن طابت نفسها بتركه ^(٣) .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية ^(٤) — رحمه الله — معلقاً على الآيتين : " فسي التبرعات : علق الحكم بطيب النفس ، وفي المعاوضات : علق الحكم بالتراضي . لأن كلا من المتعاضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به ، بخلاف المتبرع . فإنه لم يُبذل له شيء يرضى به ، ولكن قد تسمح نفسه بالبذل ، وهو طيب النفس " ^(٥) .

وأما في السنة فقد جاء في كثير من الأحاديث ما يدل على أن رضا الإنسان أسس في تكوين العقد ، منها : قوله ﷺ ((لا يخل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه)) ^(٦) .

(١) انظر : الرازي / التفسير الكبير ومفاتيح الغيب : ٧٣/١٠ ؛ ابن حجر / فتح الباري : ٥/٥ .

(٢) سورة النساء : آية ٤ .

(٣) انظر : الرازي / التفسير الكبير ومفاتيح الغيب : ١٨٩/٩ — ١٩٠ ؛ الحصص / أحكام القصران : ٥٧/٢ —

٥٨ ؛ ابن العربي / أحكام القصران : ٣١٧/١ — ٣١٨ .

(٤) أحمد بن عبد الحلیم بن عبد الله بن أبي القاسم الحضرمي النميري الحارثي الدمشقي الحنبلي ، المعروف بشيخ الإسلام ابن تيمية (٦٦١-٧٢٨هـ) : تقي الدين ، أبو العباس ، ولد بمران كان كثير البحث في فنون الحكمة داعية إصلاح في الدين آية في التفسير والأصول ، فصيح اللسان ، قلمه ولسانه متقاربان ، له مصنفات عديدة انتفع بها أهل العلم على مختلف مناحم ، منها : (منهاج السنة النبوية) ، و(الحسبة) ، و(السياسة الشرعية في إصلاح الرعية) ، و(قاعدة العقود) ، و(القواعد النورانية) ، و(الفتاوى) المشهورة .
[انظر : ابن حجر / الدرر الكامنة : (٨٨/١-٩٦) ؛ ابن كثير / البداية والنهاية : ١٣٥/٤ ؛ الزركلي / الأعلام : (١٤٤/١)] .

(٥) نظرية العقد : ١٥٣ ؛ وانظر : ابن حجر / فتح الباري : ٥/٥ .

(٦) رواه أبو يعلى ، والدارقطني ، والبيهقي في حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه .

أبو يعلى ، المسند : ٢٢٩/٢ ، مسند عم أبي حرة الرقاشي ، حديث (١٥٦٧) .

الدارقطني ، السنن : ٢٦٣/٣ ، كتاب البيوع ، الحديث (٩٢) ، (٩٣) .

البيهقي ، السنن الكبرى : ١٠٠/٦ ، كتاب الغصب ، باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بني عليه جداراً .

قال الميمني : " وأبو حرة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين " [مجمع الزوائد ومنيع الفوائد : ١٧٥/٤]

وقوله ﷺ : ((لَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طَيْبِ نَفْسِهِ)) وَذَلِكَ لِثَبَتهِ مَا حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ ^(١) .
وقوله ﷺ : ((إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرْضَا)) ^(٢) .

والأحاديث في هذا المعنى كثيرة ، وكلها تدل على تحريم مال المسلم إلا بطيبة من نفسه وإن قل ، وأن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه : إما على سبيل التجارة والتبادل ، أو على سبيل المنحة والتنازل ، عن طيب نفس واختيار ، والإجماع واقع على ذلك ^(٣) .

ورغم أن الأصل في إنشاء العقود الرضا والاختيار إلا أنه مع هذا فقد أجاز الفقهاء إجراء بعض العقود جبراً في صور متعددة عندما تدعو الضرورة ؛ وذلك لأسباب منها قائم على قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما ممارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق ، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدين ، وبيع الأموال المحتكرة على محتكرها عندما يضر

(١) رواه الإمام أحمد ، وابن حبان من حديث أبي حميد الساعدي .

أحمد ، المسند : ١٥٤/٩ ، مسند أبي حميد الساعدي (٧٣٨) ، حديث (٢٣٦٦٦) .

ابن حبان ، الصحيح : ٥٨٧/٧ ، كتاب الجنائيات ، ذكر الخير الدال على قوله صلى الله عليه وسلم إن أموالكم حرام عليكم أراد به بعض الأموال لا الكل ، حديث (٥٩٤٦) .
البيهقي ، السنن الكبرى : ١٠٠/٦ ، كتاب الغصب ، باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً .

الطحاوي ، مشكل الآثار : ٤١/٤ — ٤٢ .

قال الميثمي : رواه أحمد والبخاري والجميع رجال الصحيح . وصححه الألباني وذكر له شواهد .
[انظر : الميثمي / مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : ١٧٤/٤ ؛ الألباني / إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل : ٢٧٩/٥ — ٢٨٠] .

(٢) رواه ابن ماجه .

وفي الزوائد : إسناده صحيح ، ورجاله موثقون . رواه ابن حبان في صحيحه .

ابن ماجه ، السنن : ٧٣٧/٢ ، كتاب التجارات (١٢) ، باب بيع الخيار (١٨) ، حديث (٢١٨٥) .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧٩/٤ ؛ الجصاص / أحكام القرآن : ١٧٢/٢ ؛ الريناني / تخریج القواعد على الأصول : ١٤٣ ؛ ابن تيميه / الفتاوى الكبرى : ٤١١/٣ ؛ الصنعاني / سبل السلام : ١١٥/٣ .

احتكارها بالجماعة ، وكترع الملكية للمصلحة العامة ، كانتراع ملكية عقار لبناء مسجد أو طريق أو جسر ونحوها ^(١) .

إن جعل الشريعة الإسلامية الرضا أساسا دستوريا في كل عقد ، مزية انفردت بها الشريعة الإسلامية ، فلم تكن قبل الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما ، والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية ، حتى جاء الإسلام فجعل الرضا أساس إنشاء العقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقلين ، ولم يستثن إلا طائفة من العقود تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية نظرا لتعلقها بالغاية المقصودة من العقد — كما تقدم — ^(٢) .



المطلب الثاني — موقف الفقهاء من قاعدة حرية العقود والشروط :

ويشتمل على خمسة فروع :

الفرع الأول . تمهيد عن القاعدة ، وذكر أقوال الفقهاء فيها :

إن لكل عقد من العقود آثاراً تترتب عليه عند تمامه ، وثبوت هذه الآثار يكون بحكم الشارع باتفاق الفقهاء ، فإرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد ، ثم إن الشارع هو الذي يُرتب على كل عقد آثاراً معينة .

ثم إن كون العقود رضائية واختيارية لا يستلزم أن يكون للعاقد حرية اختيار الآثار والأحكام ؛ لأن الرضا والاختيار ينحصر في إيقاع الأسباب ، وإنشاء العقود ، أو عدم إيقاعها ، وعدم إنشائها ، أما الآثار والأحكام التي تنشأ عن العقد بعد وقوعه فترتب من الشارع وحده .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٢٩ / ٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٢١٦) : ٢٤٤/١٠ — ٢٤٥ ، حيدر / درر الأحكام شرح بمجلة (شرح م : ١٢١٦) : ٢٤٥/١٠ ؛ الخطاب / مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : ٢٤٨/٤ ؛ التسولي / البهجة شرح التحفة : ٧٦/٢ ؛ الأنصاري / شرح المنهج : ١٨/٣ ؛ الجسلي / حاشية الجمل علي شرح المنهج : ١٨/٣ ؛ النوري / روضة الطالبين : ٣٤٤/٤ ؛ ابن القيم / الطرق الحكمية في السياسة : ٢٤٣ — ٢٤٥ ، ٢٤٤ — ٢٤٦ ، ٢٥٣ ، ٢٦٢ — ٢٦٣ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ١ / ٢٤٦ — ٢٤٨ ؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الرابعة ، العدد الرابع ، الجزء الثاني ، قرار رقم (٤) د ٨٨/٠٨/٤ بشأن انتزاع الملكية للمصلحة العامة ١٧٩٧ . وانظر من هذا البحث الباب الثاني ، الفصل السادس : ٣٦٥ .

(٢) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٤٦٣/١ — ٣٦٤ . وانظر من هذا البحث ، ص : ٦٥ .

وفي ذلك يقول ابن تيمية : " إن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ، لم نثبته ابتداء " (١).

فإذا كانت الآثار المترتبة على كل عقد عينها الشارع وحددها فهل يملك العاقد تعديل هذه الآثار بالشروط التي يشترطها (٢) ؟ وهل يملك العاقد الحرية في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود دون تقييد بأنواع العقود للمُسَمَّاة التي أقرها التشريع ؟

إن الحديث عن حرية الاشتراط يرتبط بالحديث عن حرية التعاقد ؛ لأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد ، وقد اختلف الفقهاء في الأصل في العقود والشروط فيها ، والذي يمكن ضبطه في هذه القاعدة قولان :

القول الأول : إن الأصل في العقود والشروط الحظر ، إلا ما نصَّ الشرع على

إجازته .

(١) الفتاوى الكبرى : ١ / ٣٣٥ . وانظر : ابن نجيم / فتح الغفار : ٧١/٢ — ٧٢ ، ٦٨/٣ ؛ النسفي / كشف الأسرار شرح المصنف على المنار : ٤٧٤/١ ، ٤٥٩/٢ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٦١/٤ وما بعدها حيث تحدث عن أسباب للمشروعات .

(٢) المقصود بحرية الشروط هنا الشروط الجعالية التي ترد على السنة المتعاقدين ، ولما كانت اللغة وثيقة الصلة باللسان فقد أطلق الشرط اللغوي على الشروط التي ترد على السنة المتعاقدين ، وهو عند القرافي : ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه عدم . فهو سبب بالمعنى الاصطلاحي . فالعاقدان إذا اشترطا شرطا على أحدهما أو على كليهما فهما يلتزمان الوفاء به تنفيذا لأمر الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ومن هنا كان الشرط اللغوي سبب بالمعنى الاصطلاحي ؛ لأنه يلزم من وجود الشرط اللغوي وجود للمشروط ومن عدمه عدم للمشروط .

وهو قسمان : الأول : شروط تتصل بوجود العقد ، فهي شروط مكملة للسبب كتعليق العقد على شرط ، والثاني : شروط تكمل السبب ، وهي التي تقترب بالعقد فزيد من التزاماته أو تقويها ، كالتابع بشرط أن يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن إذا استحق المبيع ، لأن هذا الشرط ثابت في السبب وهو أثر العقد .

[انظر : القرافي / الفروق : ١ / ٦٢ ؛ المكّي / تهذيب الفروق والقواعد السنية : ١ / ٥٩ — ٦٠ ؛ ابن القيم / إعلام الموقعين : ٣ / ٢٠٤ ؛ أبا زهرة / أصول الفقه : ٦١ — ٦٢] .

وانظر من هذا البحث ، ص : ٥-٦ ، ش : ٤ .

وهذا قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول أبي حنيفة ^(١) والشافعي ^(٢) تبني على هذا ، وطائفة من أصحاب الإمام مالك ^(٣) ، وأحمد ^(٤) .

إلا أن أهل الظاهر لم يصحّحو عقدا ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع ، بخلاف الحنفية والشافعية وطائفة من المالكية والحنابلة ، فإنهم وإن كان الأصل في العقود والشروط الحظر عندهم إلا أنهم استثنوا من هذه القاعدة وصحّحو عقوداً وشروطاً كلّ

^(١) النعمان بن ثابت بن زُوَظَى ، المشهور بأبي حنيفة (٨٠ — ١٥٠ هـ) : أبو إسحاق ، ينتسب إلى تيمم بالولاء ، الفقيه المجتهد المحقق الإمام ، أحد أئمة المذاهب الأربعة ، قيل أصله من أبناء فارس ، ولد ونشأ بالكوفة . كان يبيع الخبز ويطلب العلم ، ثم انقطع للتدريس والإفتاء . كان قوي الحجة . له (مسند) في الحديث ، و (المحاراج) في الفقه ، وتنسب إليه رسالة (الفقه الأكبر) ولم تصح النسبة ، ورسالة (العالم والتعلم) . [انظر : ابن النديم / الفهرست : (٣٤٢) ؛ الزركلي / الأعلام : (٣٦/٨)] .

^(٢) محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع ، الشافعي (١٥٠ — ٢٠٤ هـ) : أبو عبد الله ، من بني عبد المطلب . أحد أئمة المذاهب الأربعة ، وإليه ينتسب الشافعية . جمع إلى علم الفقه القراءات وعلم الأصول والحديث واللغة والشعر . كان شديد الذكاء . نشر مذهبه بالعراق والحجاز ومصر وتوفي بها .

من تصانيفه : (الأم) في الفقه ، و (الرسالة) في أصول الفقه ، و (أحكام القرآن) ، و (اختلاف الحديث) وغرها . [انظر : ابن النديم / الفهرست : (٣٥٢-٣٥٤) ؛ الذهبي / تذكرة الحفاظ : (٣٦١/١-٣٦٣) ؛ أبا يعلى / طبقات الحنابلة : (٢٨٠-٢٨٤) ؛ الزركلي / الأعلام : (٢٦/٦-٢٧)] .

^(٣) مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو ، الأصمعي المدني (٩٣ — ١٧٥ هـ) : أبو عبد الله ، إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة . طلب العلم وهو ابن بضع عشرة سنة ، و تأهل للفتيا وجلس للإفادة ، وله إحدى وعشرون سنة بعد أن شهد له سبعون شيخاً أنه أهل لذلك ، وقصده طلبة العلم من الآفاق . كان مشهوراً بالتثبت والتحري ، لا يبالي أن يقول (لا أدري) اشتهر في فقهه بإتباع الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة . تعرض لخنه شرب فيها بالسياط . توفي بالمدينة . من مصنفاته : (الموطن) ، (تفسير غريب القرآن) ، وجمع فقهه في (المدونة) .

[انظر : الذهبي / سير أعلام النبلاء : (٤٨/١٣٥) ؛ مخلوف / شجرة النور الزكية : (٤٨-٥٥) ، ابن خلكان / وفیات الأعيان : (١٣٥-١٣٩) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١٦٨-١٦٩)] .

^(٤) أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله الشيباني (١٦٤ — ٢٤١ هـ) : أبو عبد الله ، من بني ذهل بن شيبان الذين ينتمون إلى قبيلة بكر بن وائل . إمام المذهب الحنبلي ، وأحد أئمة الفقه الأربعة . أصله من مرو . وقد كان في حياته يختلف إلى مجلس القاضي أبو يوسف ، ثم ترك ذلك وأقبل على سماع الحديث ، فكان أول طلبه للحديث وأول سماعه من مشايخه في سنة سبع وثمانين ومائة ، وقد بلغ من العمر ست عشرة سنة ، أمّجّن في أيام المأمون والمعتمد ليقول بخلق القرآن ، فأبى وأظهر الله على يده مذهب أهل السنة والجماعة .

من مصنفاته : (المسند) وفيه ثلاثون ألف حديثاً ، و (العلل) ، و (المسائل) ، و (الأضرحة) ، و (فضائل الصحابة) وغرها . [انظر : ابن النديم / الفهرست : (٣٧٨-٣٧٩) ؛ ابن كثير / البداية والنهاية : (٢٧٣-٢٨٨) ؛ أبا يعلى / طبقات الحنابلة : (٤/٢٠) ؛ الزركلي / الأعلام : (٢٠٣/١)] .

حسب أصول مذهبه ، فهم يصححون عقودا وشروطا مع عدم ورود النص بما لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة ، وأيضا لأخذهم بالعرف ^(١) الذي فتح لهم بابا واسعا للاستثناء من قاعدة الحظر ^(٢) .

القول الثاني : إن الأصل في العقود والشروط : الجواز والصحة ، ولا يجرم منها إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله .

وهذا قول جمهور الحنابلة ، وأصول الإمام أحمد تبني على هذا القول ، وكذلك الإمام مالك ، إلا أن الإمام أحمد أكثر تصحيحا للشروط فهو أكثر الفقهاء الأربعة تصحيحا للشروط ^(٣) ، وعامة ما يصحّحه من العقود والشروط يستدل عليه بدليل خاص من أثر أو قياس ، لكنه لا يجعل الحجة التي استدل بها المانعون في المنع من التوسع في هذه القاعدة مانعا من الصحة ، ولا يعارض ذلك بكونه مخالفا لمقتضى العقد ، أو لم يرد به نص ^(٤) .

هذا وقد انفرد الإمام أحمد عن غيره من الأئمة بإباحة عقود وشروط استنادا على ما صحّ عنده مما بلغه من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ، فقال به وبمعناه وقياسا عليه .

(١) العرف لغة : هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة . ثم استعمل لغة بمعنى الشيء المعروف المألوف للمستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول . وعليه قوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَقْرَ وَأْمُرِ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [سورة الأعراف : آية ١٩٩] .

واصطلاحا هو : ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول من قول أو فعل أو ترك . ويسمى أيضا بالعادة على رأي كثير من الفقهاء ، فكل ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك يسمى عرفاً .

[انظر (م : عَرَفَ) : ابن منظور / لسان العرب : ٢٣٩/٩ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٥٩٥/٢ ؛ الأصفهاني / المفردات في غريب القرآن : ٣٣١ ؛ ابن عابدين / مجموعة رسائل ابن عابدين : ١١٢/٢ ؛ القرافي / شرح تنقيح الفصول في اختصار الأصول : ٤٤٨] .

(٢) انظر : ابن حزم / الأحكام في أصول الأحكام : ٥ / ١٤ ، ١٥ ؛ ابن حزم / الخلى : ٣١٩/٧ وما بعدها ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٦٨/٥ وما بعدها ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٤٢/٦ - ٤٥٢ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٨٥/٥ - ٨٨ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٠/٢ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٠٥/٣ - ٤٠٦ ؛ الشربيني / مفتي احتاج : ٣٢/٢ - ٣٥ ؛ المارودي / الحاوي : ٣٨١/٦ - ٣٨٣ ؛ النووي / المجموع : ٣٦٤/٩ - ٣٦٩ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٥٣ ؛ الزركشي / المنتور في القواعد : ٢٣٩/٢ - ٢٤٠ ؛ ابن تيمية / الفتاوى الكبرى : ٣ / ٤٧٠ ؛ ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٢٨ .

(٣) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٠/٢ ؛ التاودي / حلي المعاصم : ٨/٢ ؛ ابن تيمية / الفتاوى الكبرى : ٣ / ٤٧٤ ؛ ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٣١ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرقى : ٣٠٨/٤ .

(٤) انظر : ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٣١ .

وأيضاً فإن الحنابلة يصحّحون من الشروط ما لا يصح عند غيرهم من الفقهاء استناداً على عمومات الكتاب والسنة ^(١) .

الفرع الثاني - سبب اختلاف الفقهاء :

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في الأصل في حرية العقود والشروط إلى التعارض الظاهر في الأحاديث الواردة في هذا الباب وهي :

أولاً - عَنْ جَابِرٍ ^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا فَمَرَّ النَّبِيُّ ﷺ فَضَرَبَهُ فَدَعَا لَهُ فَسَارَ بِسَيْرِ لَيْسَ يَسِيرُ مِثْلَهُ ، ثُمَّ قَالَ : بَعْنِيهِ بِوَفِيَّةٍ ^(٣) . قُلْتُ : لَا . ثُمَّ قُلْتُ : بَعْنِيهِ بِوَفِيَّةٍ . فَبَعْنِيهِ فَاسْتَنْتَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي . فَلَمَّا قَدِمْنَا أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ وَتَقَدَّنِي ثَمَنُهُ ثُمَّ انْصَرَفْتُ فَأَرْسَلَ عَلَيَّ إِثْرِي ، قَالَ : مَا كُنْتُ لِأَتُخَذَ جَمَلَكَ فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ فَهُوَ مَالُكَ ^(٤) .

ثانياً - حديث بريدة ^(٥) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ

(١) انظر : ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٣١ ، ويأتى ذكرها في الأدلة ، ص : ٢٤-٢١ .

(٢) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حزام الأنصاري ، ثم السلمي (١٩٦ هـ - ٧٨ هـ) : أبو عبد الله ، صحابي

ابن صحابي ، شهد بيعة العقبة الثانية مع أبيه ، وغزا مع النبي ﷺ تسع عشرة غزوة . وهو أحد المكثرين من

الرواية عن الرسول ﷺ ، روى له البخاري ومسلم وغيرهما أربعين وخمسة وألف حديثاً . كانت له في

أواخر أيامه حلقة بالمسجد النبوي يؤخذ فيها العلم . كلف بصره قبل موته بالمدينة . [ابن الأثير / أسد

الغاية : (٢١٣/١) ؛ ابن عبد البر / الاستيعاب في أسماء الأصحاب : (٢٢١/١-٢٢٢) ؛ ابن حجر / الإصابة

: (٣٠٧/١-٣٠٨) ، الزركلي / الأعلام : (١٠٤/٢) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (١٣٦)]

(٣) الأوقية عبارة عن أربعين درهماً من فضة . [ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر : ٨٠/١] .

(٤)

متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٦٥٦/٥ ، كتاب الشروط (٥٤) ، باب إذا اشترط البائع ظهراً

الدابة إلى مكان مسمى جاز (٤) ، الحديث (٢٧١٨) .

قال ابن حجر معلقاً على عنوان الباب : " هكذا حرم هذا الحكم لصحة دليله عنده ، وهو ما اختلف فيه

وفيمما يشبهه كاشتراط سكنى الدار وخدمة العبد " [فتح الباري : ٦٥٧/٥] .

مسلم ، الصحيح : ١٢٢١/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب بيع البعير واستثناء ركوبه (٢١) ، الحديث

(٧١٥/١٠٩) .

(٥)

بريدة ، مولاة عائشة مشهورة ، كانت تخدم عائشة رضي الله عنها قبل أن تشتريها وتعتقها ، وفي

شأنها جاء الحديث في الصحيحين بأن الولاء لمن أعتق . عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية .

[انظر : ابن حجر / الإصابة : (٢٥١/٤-٢٥٢) ؛ ابن الأثير / أسد الغاية : (٣٩/٦) ؛ ابن حجر / تهذيب

التهذيب : (٤٣٢/١٢) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٧٤٤)] .

اللَّهُ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»^(١).

ثالثا — عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: ((نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ^(٢) وَالْمَزَابَنَةِ^(٣) وَالْمُعَاوَمَةِ^(٤) وَالْمُخَابَرَةِ^(٥). قَالَ أَحَدُهُمَا: بَيْعُ السِّنِينَ هِيَ الْمُعَاوَمَةُ، وَعَنِ الثَّنِيَا^(٦) وَرَخِصَ فِي الْعَرَايَا^(٧)).

(١) هذا الحديث متفق على صحته. واللفظ للبخاري.

البخاري، الصحيح، بشرح ابن حجر: ١١٦/٥-١١٧، كتاب البيوع (٣٤)، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحمل (٧٣)، الحديث (٢١٦٨).

مسلم، الصحيح: ١١٤٢/٢-١١٤٣، كتاب العتق (٢٠)، باب إذا الولاء لمن أعتق (٢)، الحديث (١٥٠٤/٨) (١٥٠٤/٦).

(٢) المحاقلة هي: بيع الخطئة في سبيلها بمنحطة صافية مثل كيلها تقديرا، وذلك بأن يقدر محصول الحقل بمقدار مائة صاع مثلا بطريق الظن، فيبيعه بقدرة من القمح الصافي. واتفق الفقهاء على فساد هذا النوع من البيع.

[انظر: النووي / شرح صحيح مسلم: ١٨٨/١٠؛ ابن المنذر / الإجماع: ٥٢].

(٣) المزابنة هي: بيع الثمر على النخل بتمر مجنوذ مثل كيله تقديرا، وبيع العنب بالزبيب كيلا. وسمي هذا العقد مزابنة: لأنهم يتدافعون في محاصمتهم بسببه لكثرة الغرر والخطر. واتفق الفقهاء على فساد هذا النوع من البيع [انظر: النووي / شرح صحيح مسلم: ١٨٧/١٠؛ ابن المنذر / الإجماع: ٥٢].

(٤) بيع المعامومة هو: أن يبيع ثمرة الشجرة عامين أو ثلاثة أو أكثر، فيسمى بيع المعامومة وبيع السنين، وهو باطل بالإجماع، نقل الإجماع فيه ابن المنذر وغيره. [انظر: النووي / شرح صحيح مسلم: ١٩٣/١٠؛ ابن المنذر / الإجماع: ٥٢].

(٥) المخابرة هي: " المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع كالثلث والرابع وغير ذلك من الأجزاء المعلومه "، وهو من البيوع المنهي عنها بنص الحديث. [النووي / شرح صحيح مسلم: ١٩٣/١٠].

(٦) الثنياء هي: أن يُسْتَتَنِي في عقد البيع شيء مجهول فيفسد. وقيل هو أن يباع شيء جزأفا فلا يجوز أن يستثنى منه شيء قل أو كثر. [ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر: ٢٢٤/١].

(٧) العرايا هي: أن يقدر ما على النخل من رطب، فيقول: هذا الرطب الذي عليها إذا يس بجيء منه ثلاثة أوسق من التمر مثلا، فيبيعه صاحبه لإنسان بثلاثة أوسق تمر، ويتقاضى من المجلس، فيسلم المشتري التمر ويسلم بائع الرطب الرطب بالتخيلية. واختلف الفقهاء في جواز العرايا، ونقل ابن المنذر الإجماع على جواز العرايا، وتفصيل القول في ذلك: [انظر: النووي / شرح صحيح مسلم: ١٨٨/١٠-١٨٩ / الرغباني / الهداية: ٤١٥/٦-٤١٦؛ ابن الغمام / فتح القدير: ٤١٥/٦-٤١٦؛ ابن رشد / بداية المجتهد: ١٦٣/٢-١٦٥؛ ابن المنذر / الإجماع: ٥٣؛ الخلي / شرح الخلي على المناهج وحاشية القليوبي عليه: ٢٣٨/٢؛ كشاف القناع: ٢٥٨/٣-٢٦٠].

الحديث رواه مسلم.

مسلم، الصحيح: ١١٧٥/٣، كتاب البيوع (٢١)، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٦)، الحديث (١٥٣٦/٨٥).

وأيضاً في هذا الباب ما رواه أبو حنيفة أن رسول الله ﷺ ((نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ))^(١).
فأختلف الفقهاء للتعارض الظاهر في الأحاديث في بيع وشرط ، فمن أبطل البيع
والشرط أخذ بعموم نهي عن بيع وشرط ، ولعموم نهي عن الثنيا ، ومن أجازهما أخذ بحديث
جابر رضي الله عنه الذي ذكر فيه البيع والشرط ، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم
حديث بريرة رضي الله عنها^(٢). ومن لم يجز الشرطين وأجاز الشرط أخذ بما رواه عَبْدُ اللَّهِ
ابْنُ عَمْرٍو^(٣) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَا
لَمْ يُضْمَنْ وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ))^(٤).

(١) عزاه للطبراني في الأوسط الهيثمي في مجمع الزوائد ٨٨/٤ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الصفقتين في
صفة أو الشرط في البيع .

الخطابي ، معالم السنن : ٧٧٤/٣ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) .

ابن حزم / المحلى : ٣٢٤/٧ — ٣٢٥ ، كتاب البيوع ، مسألة (١٤٤٧) .

الزيلي / نصب الرواية : ١٧/٤ — ١٨ .

قال ابن قدامة : " إن هذا الحديث لم يصح وليس له أصل ، وقد أنكره الإمام أحمد ، ولا نعرفه مروياً في مسند
ولا يعول عليه " . وقال ابن تيمية : " وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ، ولا يوجد في شيء من دواوين
الحديث . وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء . وذكروا أنه لا يعرف ، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه "

[المغني على مختصر الخرقي : ٣٠٨/٤ ؛ القواعد النورانية : ١٣١] .

(٢) انظر : ابن رشد / بداية الاجتهاد : ١٢٠/٢ .

(٣) عَبْدُ اللَّهِ بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سهم السهمي (— ٦٧هـ) : أبو عماد ،

وقيل أبو عبد الرحمن ، أسلم قبل أبيه ، وكان فاضلاً عالماً قرأ القرآن والكتب المتقدمة ، واستأذن النبي ﷺ في
أن يكتب عنه فأذن له . شهد مع أبيه فتح الشام ، وكانت معه راية أبيه يوم اليرموك ، وشهد معه أيضاً صفين
وروى عن النبي ﷺ كثيراً وعن عمر وأبي الدرداء ومعاذ وابن عوف وعن والده ، وروى عنه من الصحابة ابن
عمر وأبو أمامة والمسيور والسائب بن يزيد وأبو الطفيل وعدد كثير من التابعين .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : ٢٤٥/٣ — ٢٤٧ ؛ ابن حجر / الإصابة : ٣٥١/٢ — ٣٥٢ ؛ ابن حجر /
تقريب التهذيب : ٣١٥] .

(٤) رواه الترمذي ، والنسائي ، وأبو داود ، وأحمد .

قَالَ أَبُو عِيْسَى : وَهَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .

الترمذي ، السنن : ٥٣٥/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، حديث
(١٢٣٤) .

النسائي ، السنن : ٢٩٥/٧ ، كتاب البيوع ، باب سلف وبيع . وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه .

أبو داود ، السنن : ٧٦٩/٣ ، كتاب البيوع والإجازات (١٧) ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) ،
حديث (٣٥٠٤) .

أحمد ، المسند : ٥٩٥/٢ ، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ، حديث (٦٦٨٣) .

وأيضاً يرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى معارضة العموم للخصوص^(١) . أما العموم فهو حديث عائشة^(٢) أن رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال « مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ »^(٣) .
وأما الخصوص فحديث : « أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ »^(٤) .

والحديثان صحيحان خرّجهما البخاري ومسلم^(٥) ، والمشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم ، وهو لزوم الشروط^(٦) .

الفرع الثالث - الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما نص الشرع على إجازته بالكتاب والسنة ، كما يلي :

(١) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ٢ / ٤٤ - ٤٥ .

(٢) عائشة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن عثمان (٩ ق هـ - ٥٨ هـ) : أم المؤمنين ، زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، وأقرب نسائه للمسلمين . كُتِبَ بِأَمْرِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَكَانَ أَكْبَرُ الصَّحَابَةِ بِرَأْسِهِمَا فِي أُمُورِ الدِّينِ .
[انظر : ابن حجر / الإصابة في تمييز الصحابة : (٣٥٩ / ٤) ؛ ابن عبد البر / الاستيعاب : (٣٥٦ / ٤)]

(٣) سبق تخريجه ، ص : ١٦ .

(٤) متفق عليه . واللفظ للبخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٦٦٧ / ٥ ، كتاب الشروط (٥٤) ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح (٦) ، الحديث (٢٧٢١) .
وانظر المرجع السابق : ٢٧٢ / ١٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، باب الشروط في النكاح (٥٣) ، الحديث (٥١٥١) .

مسلم ، الصحيح : ١٠٣٥ / ٢ - ١٠٣٦ ، كتاب النكاح (١٦) ، باب الوفاء بالشروط في النكاح (٨) حديث (١٤١٨ / ٦٣) .

(٥) مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (٢٠٤ - ٢٦١ هـ) : من أئمة المحدثين ، ولد بنيسابور رحل إلى الشام ومصر والعراق في طلب الحديث . أخذ عن الإمام أحمد بن حنبل وطبقته ، ولازم البخاري وحذا حذوه . أشهر كتبه (صحيح مسلم) جمع فيه (١٢٠٠٠) اثنين عشر ألف حديث انتخبها من (٣٠٠٠٠) ثلاثمائة ألف حديث مسموع . وصححه يلي صحيح البخاري من حيث الصحة .
من تصانيفه : (لمسند الكبير) مرتب على الرجال ، و (كتاب العلل) ، و (سوالات أحمد) ، و (رواه وهام المحدثين) . [انظر : الذهبي / سير أعلام النبلاء : (٥٨٠ - ٥٥٧ / ١٢) ؛ الزركلي / الأعلام : (٢٢١ / ٧) - (٢٢٢)] .

(٦) ابن رشد / بداية المجتهد (بنصرف) : ٢ / ٤٥ .

أولاً . من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ الْيَوْمَ اكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾^(١) .

وقال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾^(٢) .

وقال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا ﴾^(٣) .

وجه الدلالة من الآيات :

تدل هذه الآيات على إبطال كل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به ، أو النص على إباحته ؛ لأن العقود والعهود والوعود شروطٌ واسم الشرط يقع عليها . وقد ورد الأمر فيها باجتناب نواهي الله تعالى ومعاصيه ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل والباطل محرم ، فلا يحل الوفاء به^(٤) .

ثانياً . من السنة :

١- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ))^(٥) .

وجه الدلالة من الحديث :

دلّ الحديث على بطلان كل شرط أو عقد لم يشرع بنص أو إجماع ؛ لأن تعاقد الناس أو اشتراطهم بما لم يرد في الشريعة فيه تحليل أو تحريم غير ما شرع الله ، وليس هذا لأحد من

(١) سورة المائدة : آية ٣ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٣) سورة النساء : آية ١٤ .

(٤) انظر : ابن حزم / الإحكام في أصول الأحكام : ١٥/٥ ، ابن حزم / المغلي : ٣٢٢/٧ .

(٥) رواه البخاري ومسلم .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٨٩/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب التَّحْشُشِ وَمَنْ قَالَ لَا يَحْشُرُ ذَلِكَ الْبَيْعُ (٦٠) وَقَالَ ابْنُ أَبِي أَوْفَى : ((التَّحْشُشُ أَكَلُ رَبِّمَا خَائِنٌ)) . وَهُوَ خِيَانَةُ بَاطِلٍ لَا يَحِلُّ . قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ((الْحَدِيثُ فِي الثَّارِ وَمَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)) .

و : ٢٥٥/١٥ ، كتاب الاعتصام بالكتاب (٩٦) ، باب إِذَا احْتَجَّ الْعَامِلُ إِلَى الْحَاكِمِ فَأَخْطَأَ خِلَافَ الرَّسُولِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ فَحُكْمُهُ مَرْدُودٌ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)) (٢٠) .

مسلم ، الصحيح : ١٣٤٣/٣ — ١٣٤٤ ، كتاب الأفضية (٣٠) ، باب نقض الأحكام الباطلة وردّ مبدعات الأمور (٨) ، حديث (١٧١٨) .

البشر ، فصَحَّ بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه ، إلا ما ورد النص أو الإجماع بإباحته ^(١) .

٢- وقال ﷺ : « مَا بَالُ رَجَالٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ » ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

هذا الحديث صريح الدلالة على بطلان كل الشروط إلا ما ورد في كتاب الله أو السنة الصحيحة أو ثبت بإجماع المسلمين ^(٣) .

يقول ابن حزم ^(٤) " فهذا الأثر كالشمس صحة وبياناً يرفع الإشكال " ^(٥) وذكر أيضاً أن هذا الخبر محمول على ظاهره دون زيادة أو تحريف للفظ ، وفسر الحديث بأن اشتراط البائع الولاء لنفسه مباحا بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : (وَدَعِيهِمْ يَشْتَرُوا مَا شَاءُوا) فدلَّ هذا على أن ما شرطوه كان مباحا ؛ لأنه ﷺ لا يبيح الباطل ولا يغير أحدا . ثم نسخ الله عز وجل هذا الشرط وأبطله بدليل خطبة النبي ﷺ ، وبذلك حَرَّمَ أن يشترط هذا الشرط أو غيره ، إلا ما ورد به نص أو إجماع ^(٦) .

(١) انظر : ابن حزم / الإحكام في أصول الأحكام : ١٥٠ ، ٨ / ٣١ .

(٢) تقدم تحريجه ، ص : ١٦ .

(٣) انظر : ابن حزم / الإحكام في أصول الأحكام : ١٥٠ / ٣٢١ / ٧ .

(٤) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي البيهقي (٣٨٤ — ٤٥٦ هـ) : أبو محمد ، كان شافعي المذهب ، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر ، فقيه ، أديب ، أصولي ، محدث ، حافظ ، متكلم . عالم الأندلس في عصره . أصله من فارس . كان يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر ، بعيداً عن المصانعة حتى شُبهَ لسانه بسيف الحجاج . انتقد كثيراً من الفقهاء والعلماء فحذر هؤلاء أرباب الحل والعقد من فتنه ، فأقضي وطوره حتى توفي مبعداً عن بلده .

من تصانيفه : (الخلق) في الفقه ، و (الإحكام في أصول الأحكام) في أصول الفقه ، و (طرق الحمامة) في الأدب ، و (الفصل في الملل والأهواء والنحل) . [انظر : الذهبي / سير أعلام النبلاء : (١٨ / ١٨٤ - ٢١٢) ؛ ابن حلكان / وفيات الأعيان : (٣٢٥ - ٣٣٠) ؛ ابن العماد / شذرات الذهب : (٣ / ٢٩٩ - ٣٠٠) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١٦ / ٧) ؛ الزركلي / الأعلام : (٤ / ٢٥٤ - ٢٥٥)] .

(٥) الخلق : ٣٢٠ / ٧ .

(٦) انظر : المرجع السابق : ٣٢٧ / ٧ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله بالكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل للنافي ، وقد تولى شيخ الإسلام وابن القيم ^(١) — رحمهما الله — ذكر الأدلة مستوفاة مع الرد على المخالفين وبيان فساد مذهبهم ^(٢) ، وبيان ذلك كما يلي :

أولاً . من الكتاب :

١- قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٣) .

وجه الدلالة من الآية :

أمر الله بالوفاء بالعقود والعهود كلها ، جاء في جامع البيان في بيان معنى قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ : " يعني : أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم ، والعقود التي عاهدتموها إياه ، وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقاً ، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضاً ، فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله ، بما ألزمكم بها ، ولمن عاهدتموه منكم بما أوجبتموه له بما على أنفسكم ، ولا تنكثوها فتتقضوها بعد توكيدها " ^(٤) .

(١) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي ، المعروف بابن القيم الجوزية الحنبلي (٦٩١ هـ - ٧٥١ هـ) : شمس الدين ، من كبار فقهاء الحنابلة ، مجتهد ، مفسر ، ونحوي ، وأصولي متكلم . سمع على النقي سليمان ، وأبي بكر بن عبد الدائم ، والمطعم ، وابن الشرازي ، وإسماعيل بن مكتوم . وقرأ العربية على ابن الفتح ، وأحمد الترنسي ، وقرأ الفقه على أحمد الحراني ، وابن تيمية ، ودرس بالجوزية ، وكان لأبيه في الفرائض يد فاعلها عنه ، وقرأ في الأصول على الصفي الهندي وابن تيمية . كان جريء الجنان ، واسع العلم ، عارفاً بالخلاف ومذاهب السلف . غلب عليه حب ابن تيمية وانتصر له ولم يخرج عن شيء من أقواله ، وقد سجن معه بدمشق . كتب بخطه كثيراً ، وألف كثيراً . من مصنفاته : (إعلام الموقعين) ، (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) ، (أحكام أهل الذمة) و(مدارج السالكين) ، (الصواعق المرسلة على الجهمية والمعتلة) ، (الكافية الشافية) ، (والتيبان في أقسام القرآن) ، (والتفسير القيم) .

[انظر : ابن حجر / الدرر الكامنة : (٢٤٣/٣ - ٢٤٤) ؛ ابن العماد / شذرات الذهب : (١٦٨/٦ - ١٧٠) ؛ الزركلي / الأعلام : (٥٦/٦)] .

(٢) لمزيد من التفصيل انظر : ابن تيمية / الفتاوى الكبرى : ٤٧٧/٣ ؛ ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٣٣ .

(٣) سورة المائدة : آية ١ .

(٤) الطبري : ٤٦/٦ .

- ٢- وقال تعالى : ﴿ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ﴾ ^(١) .
 ٣- وقال تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ ^(٢) .

وجه الدلالة من الآيتين :

جاء الأمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد ، ويدخل فيه ما عقده المرء على نفسه ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الأدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا ﴾ ^(٣) . " فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه ، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك العهد عليه قبل العهد " ^(٤) .

- ٤- وقال تعالى : ﴿ وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ ﴾ ^(٥) .
 ٥- وقال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ وَالَّذِينَ صَبَرُوا ابْتِغَاءَ وَجْهِ رَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَنْفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلَانِيَةً وَيَدْرِعُونَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةِ أُولَئِكَ لَهُمْ عُقْبَى الدَّارِ جَنَّاتُ عَدْنٍ يَدْخُلُونَهَا وَمَنْ صَلَحَ مِنْ آبَائِهِمْ وَأَزْوَاجِهِمْ وَذُرِّيَّاتِهِمْ وَالْمَلَائِكَةُ يَدْخُلُونَ عَلَيْهِمْ مِنْ كُلِّ بَابٍ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ بِمَا صَبَرْتُمْ فَنِعْمَ عُقْبَى الدَّارِ وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ ﴾ ^(٦) .

وجه الدلالة من الآيات :

جاء في الآيات الكريمة الأمر بالوفاء بالعهود والشروط ، والمواثيق ، والعقود ، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك ، وتشير الموفين بالعهد بالنصرة في الدنيا والآخرة ، وورد الأمر فيها بالنهاي عن الخيانة وتنقض العهود وذم من فعل ذلك والتشديد عليه ، ولو كان الأصل في

(١) سورة الأنعام : آية ١٥٢ .

(٢) سورة الإسراء : آية ٣٤ .

(٣) سورة الأحزاب : آية ١٥ .

(٤) القواعد الوارثية : ١٣٣ ؛ الفتاوى الكبرى : ٣ / ٤٧٧ .

(٥) سورة البقرة : ٢٦ — ٢٧ .

(٦) سورة الرعد : ٢٠ — ٢٥ .

العقود الحظر والفساد إلا ما أباحه الشارع وأوجه لما ورد الأمر بها مطلقاً وذم من نقضها والتشديد عليه .

فعلم من هذا أن الأصل في العقود والشروط الإباحة لا الحظر ^(١) .

يقول شيخ الإسلام : " وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به : علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره ، وحصل به مقصوده . ومقصود العقد : هو الوفاء به ، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود ، دلّ على أن الأصل فيها الصحة والإباحة " ^(٢) .

ثانياً - من السنة :

- ١- عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا ، أَوْ كَانَتْ فِيهِ خَصَلَةٌ مِمَّنْ أَرْبَعَةٍ كَانَتْ فِيهِ خَصَلَةٌ مِنَ النَّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا ، إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ » ^(٣) .
- ٢- عَنْ ابْنِ عُمَرَ ^(٤) قَالَ : إِنِّي سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ : « يُنْصَبُ لِكُلِّ غَادِرٍ لِسَوَاءٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ^(٥) .

(١) انظر : ابن تيمية / الفتاوى الكبرى : ٤٧٧/٣ .

(٢) القواعد النورانية : ١٣٧ .

(٣) متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٣٩٨/٥ ، كتاب المظالم (٤٦) ، باب إذا خاسم فجر (١٧) ، حديث (٢٤٥٩) .

مسلم ، الصحيح : ٧٨/١ ، كتاب الإيمان (١) ، باب بيان خصال المنافق (٢٥) ، حديث (٥٨/١٠٦) .
(٤) عَدَّدَ اللَّهُ بِنِ عَمْرٍ مِنَ الْخَطَابِ بْنِ نَفِيلٍ الْقُرَشِيِّ الْعَدُوِّيَّ ، الْمَعْرُوفَ بِابْنِ عَمْرٍ (١٠٠ق هـ - ٧٣هـ) : أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، صَحَابِيٌّ جَلِيلٌ ، صَاحِبُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، نَشَأَ فِي الْإِسْلَامِ ، وَهَاجَرَ مَعَ أَبِيهِ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ . اسْتَصْفَرَ يَوْمَ أَحَدٍ وَهُوَ ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةِ سَنَةً . شَهِدَ الْخَنْدَقَ وَمَا بَعْدَهَا ، أَفْقَى النَّاسِ سِتِينَ سَنَةً . شَهِدَ فَتْحَ أFRیقیة . كَفَّ بَصْرَهُ آخِرَ حَيَاتِهِ . تَوَفِّيَ بِمَكَّةَ سَنَةً ، وَهُوَ أَحَدُ الْمَكْتُوبِينَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . [انظر : ابن الأثير / أَسَدُ الْغَابَةِ : (٢٣٦/٣-٢٤١) ؛ ابن حجر / الْإِصَابَةُ فِي تَقْرِيزِ الصَّحَابَةِ : (٣٥٠-٣٤٧/٢) ؛ الزركلي / الْأَعْلَامُ : (١٠٨/٤)] .

(٥)

جزء من حديث ، رواه البخاري ومسلم بألفاظ متقاربة ، واللفظ للبخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٥٧٣/١٤ ، كتاب الفتن (٩٢) ، باب إذا قال عند قوم شيئاً ثم خرج فقال بخلافه (٢٢) ، حديث (٧١١) .

مسلم ، الصحيح : ١٣٥٩/٣ ، كتاب الجهاد والسير (٣٢) ، باب تحريم الغرر (٤) ، حديث (١٧٥٣/٩) .

٣- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « قَالَ اللَّهُ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ » ^(١) .

٤- كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا أَمَرَ أَمِيرًا عَلَى جَيْشٍ أَوْ سَرِيَّةٍ أَوْصَاهُ فِي خَاصَّتِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ وَمَنْ مَعَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ خَيْرًا ثُمَّ قَالَ : « اغْزُوا بِاسْمِ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ اغْزُوا وَلَا تَغْلُوا وَلَا تَغْدِرُوا وَلَا تَمُتُوا وَلَا تَقْتُلُوا وَلِيدًا وَإِذَا لَقِيتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَادْعُهُمْ إِلَى ثَلَاثِ خِصَالٍ أَوْ خِلَالٍ فَإِنَّهُمْ مَا أَجَابُوكَ فَأَقْبِلْ مِنْهُمْ وَكُفَّ عَنْهُمْ ... الحديث » ^(٢) .

وجه الدلالة من الأحاديث :

دلت الأحاديث على ذم الغدر والنهي عنه والتنفير منه وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فقد غدر ^(٣) .

يقول ابن القيم : " وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط ؟ بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر " ^(٤) .

وإذن فقد دلت الأدلة الشرعية العامة من الكتاب والسنة على حل العقود والشروط جملة ، إلا ما استثناه الشارع .

ثالثاً . الإجماع :

انعقد إجماع الفقهاء — فيما يعلم — على صحة عقود المسلمين إذا تعاقدوا عقوداً ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها ، وإن كان العاقد لا يعلم حين العقد تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد . ولم يُقَيَّد أحدٌ صحة العقد بلزوم كون العاقد يعتقد أن الشارع أحله ، وفي ذلك

^(١) رواه البخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٦٨/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إثم من باع حراً (١٠٦) ، حديث (٢٢٢٧) .

^(٢) جزء من حديث رواه مسلم .

مسلم ، الصحيح : ١٣٥٨ — ١٣٥٦/٣ ، كتاب الجهاد والسير (٣٢) ، باب تأييد الإمام الأمراء على البُعوثِ وَرُصِيَّتِهِ إِيَّاهُمْ بِأَدَابِ الْعَزْمِ وَغَيْرِهَا (٢) ، حديث : (١٧٣١/٢) .

^(٣) ابن تيمية / الفتاوى الكبرى : ٤٨٠/٣ ؛ ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٣٦ .

^(٤) إعلام الموقعين : ٣٠٣/٣ .

دلالة على أن إذن الشارع الخاص لا يشترط في صحة العقود ؛ لأنه لو كان شرطاً لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه ، وهذا ممنوع بما تقدم .
وإذا فلم يبق إلا القول بجلها ، وهو المراد ^(١) .

رابعاً - الاعتبار :

أما الاعتبار فالاستدلال به من وجوه :

الأول : الاستصحاب العقلي وانتفاء دليل التحريم :

ذلك أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها الإباحة ، فيستصحب عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم . وإذا انتفى التحريم لم تكن فاسدة ؛ لأن منشأ الفساد من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة .
ومن الثابت أيضاً أنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط ، إلا ما ثبت تحريمه بعينه ، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .
فثبت بالاستصحاب العقلي ، وانتفاء الدليل الشرعي أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، فيكون فعلها إما حلالاً وإما عقوفاً كالأعيان التي لم تحرم ^(٢) .

الثاني — أن الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر :

فالشروط في حق المكلفين كالنذور في حق رب العالمين ، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمّت بالنذر ، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله ، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر فمقاطع الحقوق عند الشروط ^(٣) .

الفرع الرابع - المناقشة :

أولاً - مناقشة أدلة القائلين بالخطر الظاهرية ومن وافقهم :

ناقش ابن تيمية وابن القيم — رحمهما الله — ما استدلل به الظاهرية ومن وافقهم القائلين بالخطر بما يلي :

(١) انظر : ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٤٣ .

(٢) انظر : المرجع السابق : ١٣٩ .

(٣) انظر : إعلام الموقعين : ٣ / ٣٠٢ .

أما قوله ﷺ « مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ »^(١) . فالجواب عنه : بأن الشرط يرد به المصدر تارة ، والمفعول أخرى . وكذلك الوعد والخلف ، والمراد به هنا — والله أعلم — المشروط ، لا التكلم نفسه . ولهذا قال ﷺ « وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ » أي : وإن كان قد شرط مائة شرط ، وليس المراد تعديد التكلم بالشرط . وإنما المراد تعديد الشروط . والدليل على ذلك قوله ﷺ « قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ » أي : كتاب الله أحق من هذه الشروط ، وشرط الله أوثق منه . وهذا إما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه ، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى .

وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله ، فلم يخالف كتاب الله وشرطه ، حتى يقال « قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ » فيكون المعنى : من اشترط أمرا ليس في حكم الله ولا في كتابه ، بواسطة وبغير واسطة : فهو باطل ، لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط ، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط^(٢) .

وأيضاً فإن النبي ﷺ لم يرد أن العقود والشروط التي لم يبيحها الشارع تكون باطلة ، بمعنى أنه لا يلزم بها شيء ، لا إيجاب ولا تحريم ، فإن هذا خلاف الكتاب والسنة ، بل العقود والشروط المحرمة قد يلزم بها أحكام فإن الله قد حرم عقد الظهار في كتابه ووصفه بأنه « مُنْكَرٌ مِنَ الْقَوْلِ وَزُورٌ »^(٣) ثم إنه أوجب به الكفارة على من عاد ، ومن لم يعد جعل في حقه مقصود التحريم من ترك الوطء أو ترك العقد . فالعقد المحرم لا يكون سبباً للإباحة وقد يكون سبباً لإيجاب أو تحريم .

والمخالفون في هذه القاعدة من أهل الظاهر ومن وافقهم يجعلون كل ما لم يؤذن فيه إذن خاص فهو عقد حرام ، وكل عقد حرام فوجوده كعدهم ، وكلتا المقدمتين ممنوعة ، كما تقدم^(٤) .

وأيضاً فإن عموماً الكتاب والسنة والآثار من الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهد والشروط عموماً ، وأن المقصود هو الوفاء بها . وعلى هذا التقدير ، فوجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة ، فإنه إذا وجب الوفاء بها لم تكن باطلة ، وإذا لم تكن باطلة

(١) تقدم ترجمته ، ص : ١٦ .

(٢) القواعد النورانية (ينصرف) : ١٤٣ .

(٣) سورة المجادلة : آية ٢ .

(٤) انظر : القواعد النورانية : ١٤٤ .

كانت مباحة وذلك لأن قوله ﷺ «لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ» إنما يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه . فإن دلَّ كتاب الله على إباحته بعمومه ، فإنه في كتاب الله ، لأن قولنا : هذا في كتاب الله ، يعم ما هو فيه بالخصوص أو بالعموم .

والشرط الذي يبيِّن جوازہ بسنة أو إجماع : صحيح بالاتفاق فيجب أن يكون في كتاب الله . وقد لا يكون في كتاب الله بخصوصه لكن في كتاب الله الأمر باتِّباع السنة واتِّباع سبيل المؤمنين ، فيكون في كتاب الله بهذا الاعتبار .

وقد يعترض على هذا الجواب بأنه إذا كان كتاب الله أوجب الوفاء بالشروط عموماً ، فشرط الولاء داخل في العموم .

والجواب عنه : أن العموم إنما يدل عليه إذا لم ينفخ دليل خاص ، وهذا للمشروط قد نفاه النبي ﷺ بنهي عن بيع الولاء وهبته ^(١).

ثانياً - مناقشة أدلة القائلين بالإباحة المالكية والحنابلة ومن وافقهم :

ناقش الظاهرية ومن وافقهم ما استدلل به المالكية والحنابلة ومن وافقهم القائلين بالإباحة بما يلي :

١- أما استدلالهم بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٢)، وقوله تعالى ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾ ^(٣) . فالجواب عنه : بأنه لا خلاف في أن أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود ليس على عمومه ولا على ظاهره ، فقد جاء في القرآن الأمر باجتناب نواهي الله تعالى ومعاصيه ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل والباطل محرم ، فلا يحل الوفاء به ^(٤).

وكذلك قوله تعالى ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾ ^(٥) وعهد الله هو ما ورد فيه نص ، وكل عهد منهى عنه لا يحل الوفاء به لأنه ليس عهداً لله تعالى ، وقد نصَّ رسول الله ﷺ على بطلان كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ، والباطل منهى عنه ولا يحل الوفاء به ^(٦).

(١) المرجع السابق (بتصرف) : ١٤٤-١٤٥ .

(٢) سورة المائدة : آية ١ .

(٣) سورة الأنعام : آية ١٥٢ .

(٤) ابن حزم / المحلى (بتصرف) : ٣٢٢/٧ .

(٥) سورة الأنعام : آية ١٥٢ .

(٦) انظر : ابن حزم / المحلى : ٣٢٢/٧ .

ورد على هذا الاعتراض : بأنه لا وجه لتخصيص هذه الأدلة بما ذكر ؛ لأنه يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم ، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله .

وأيضاً فإن المراد بكتاب الله في قوله ﷺ « مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ » ^(١) ، هو : حكم الله ، ومعلوم أن كل شرط خالف حكم الله يكون باطلاً ، فإذا كان الله ورسوله قد حكم بأن الولاء للمعتق ، فشرط خلاف ذلك يكون مخالفاً لحكم الله ورسوله ، وليس في ذلك ما يدل على أن ما سكت عن تحريره من العقود والشروط يكون باطلاً حراماً ، ولكن تعدي الحدود يكون بتحريم ما أحله الله أو إباحة ما حرمه ، أو إسقاط ما أوجبه ، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه ^(٢) .

٢- أما قوله ﷺ : « لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلَا يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » ^(٣) والذي يأخذ به الإمام أحمد — رحمه الله — فيبطل البيع إذا كلن فيه شرطان ، ويميزه إذا كان فيه شرط واحد . فنوقش : بأن تحريم الشرطين في البيع ليس مبيحاً للشرط الواحد ولا مُحَرِّماً له ، لكنه مسكوت عنه في هذا النص ، ومنصوص على حكمه في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ » فوجب الأخذ بالحكم المنصوص عليه فبطل الشرط الواحد ^(٤) .

ويُجاب عن هذا بما تقدم في الجواب على الاعتراض الأول .

٣- أما حديث جابر فقد رواه ابن حزم من عدة طرق ثم قال : نحن نُسَلِّمُ لهم أن جابر رضي الله عنه اشترط ظهر الجمل إلى المدينة ، ثم نقول لهم : إنه قد صح أن رسول الله ﷺ قال : « قَدْ أَخَذْتَهُ بِأَوْقِيَّةٍ » ، وصح عنه قوله ﷺ : « أَتَرَانِي مَا كَسَيْتُكَ لَأَخْذِ جَمَلِكَ ؟ مَا كُنْتُ لَأَخْذِ جَمَلِكَ فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ فَهُوَ مَالُكَ » ^(٥) . فصح يقينا أنهما أخذان : أحدهما فعله رسول الله ﷺ والآخر لم يفعله ، بل انتفى عنه ، وظاهر الخبر أنه ﷺ أخذه وابتاعه ، ثم تُخَيَّرَ قبل التفريق تركه . وصح أنه ﷺ في حال المماكسة كان ذلك في نفسه ؛ لأنه أخبره أنه لم يماكسه ليأخذ جملة .

(١) تقدم تخريجه ، ص : ١٦ .

(٢) انظر : ابن القيم / إعلام الموقعين : ٢٦٢/١ .

(٣) تقدم تخريجه ، ص : ١٧ .

(٤) انظر : ابن حزم / المحلى : ٣٢٦/٧ .

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ١٧ .

فصحَّ أن البيع لم يتم ، ولم يوجد في ألفاظ الخير أصلاً أن البيع تمَّ بذلك الشرط ، وإنما مقتضى لفظ الأخبار إذا جمعت أن جابر — رضي الله عنه — اشترط ركوب جمل نفسه .
وأجاب الشافعي وأبو حنيفة عن حديث جابر " بأنها قضية عين تنطرق إليها احتمالات ، قالوا : ولأن النبي ﷺ أراد أن يعطيه الثمن ولم يُرد حقيقة البيع ، قالوا :
ويتمثل أن الشرط لم يكن في نفس العقد وإنما يضر الشرط إذا كان في نفس العقد ، ولعل الشرط كان سابقاً فلم يؤثر ثم تبرَّع ﷺ بإركابه " (١) .
وبذلك بطل الاحتجاج بهذا الخبر في جواز بيع الدابة واستثناء ركوبها .

الفرع الخامس - في ذكر النتائج المستخلصة من القاعدة ، وال ترجيح :

أولاً : ذكر النتائج المستخلصة من القاعدة :

في ختام هذه القاعدة أرى أنه من الجدير بالذكر عقد مقارنة بين المذاهب الفقهية أذكر من خلالها أوجه الشبه والاختلاف بين المذاهب ، وتعد هذه المقارنة بمثابة نتائج لهذه القاعدة أوجز من خلالها رأي كل مذهب بصورة شاملة ، كما يلي :

١- اتفق الفقهاء على أن من شرط في عقد من العقود ما يخالف حكم الله ورسوله فهو باطل . فمن شرط في بيع أو نكاح أو إجارة تحليل ما حرَّمه الله ورسوله أو إسقاط ما أوجبه الله ورسوله ، كان الشرط باطلاً ؛ لقوله ﷺ « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرَطُوا حَرَمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا » (٢) .

(١) النووي / شرح صحيح مسلم بشرح : ٣٠/١١ - ٣١ .

(٢) جزء من حديث رواه الترمذي ، وابن ماجة ، من حديث عمرو بن عوف المزني .

قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح .

الترمذي ، السنن : ٣/٦٣٤ - ٦٣٥ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس (١٧) ، حديث (١٣٥٢) .

ابن ماجة ، السنن : ٢/٧٨٨ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب الصلح (٣٢) ، حديث (٢٣٥٣) .

قال ابن العربي : " قال الإمام الحافظ : قد روي من طرق عديدة ومقتضى القرآن وإجماع الأمة على لفظه ومعناه " [عارضة الأحوذى : ١٠٣/٦] .

وقال الشوكاني : " في إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف جدا " . وذكر أن السرمذي قد نوقش في تصحيح هذا الحديث . ثم قال - بعد أن ذكر طرق الحديث - : " ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض ، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً " . [نيل الأوطار : ٢٨٧/٥] .

وأما ما كان مباحا أن يفعله الإنسان من غير الشرط ، فهل يلزم بالشرط ؟ هذا هو محل الخلاف ^(١) .

٢- الأصل في هذه القاعدة الحظر عند الحنفية ، إلا أنهم يعتمدون على الأدلة المثبتة لجواز العقود والشروط ، كإبناهم أصل الاستحسان ^(٢) ، والعرف الذي فتح لهم بابا واسعا للاستثناء من قاعدة الحظر ، وبهذه الأصول توسعوا في هذه القاعدة واقتربوا ممن توسع فيها . ومن ذلك : جواز عقد الاستصناع ^(٣) مع أن القياس عدم جوازه ؛ لأنه بيع معدوم ، إلا أنه يجوز استحسانا لتعارف الناس عليه ولتعاملهم به على مر العصور من غير تكثير ^(٤) ،

= وله شاهد من حديث أبي هريرة رواه أبو داود وأحمد والحاكم ، إلا أن الذهبي تعقبه بقوله : " لم يصححه وكثير ضعفه النسائي ومشاه غره " . [التلخيص على المستدرك : ٤٩/٢] .
أبو داود ، السنن : ١٩/٤ — ٢٠ ، كتاب الأفضية (١٨) ، باب في الصلح (١٢) ، حديث (٣٥٩٤) .
أحمد ، المسند : ٢٩٤/٣ ، مسند أبي هريرة (٢٩) ، حديث (٨٧٩٢) .
الحاكم ، المستدرك : ٤٩/٢ ، كتاب البيوع .

(١) انظر : ابن تيمية / نظرية العقد : ١٥ .

(٢) ومعناه : العدول بحكم المسألة عن نظائرها ، لدليل أقوى يقتضي العدول عن الدليل الأول المثبت لحكم هذه النظائر . كالنص الدال على صحة بيع السلم ، والقياس الجلي يفيد عدم جوازه لكون المبيع معدوما حال العقد ، وكالإجماع الواقع على جواز الاستصناع ، فإن المعقود عليه الموصوف معدوم حال العقد ، فالقياس عدم جوازه ، غير أنه ترك للتعامل من غير تكثير من أهل العلم ، وتقريهم على ذلك إجماع عملي . وهذا الأصل موضع خلاف بين الفقهاء فأخذ به الحنفية والمالكية والحنابلة ، وأنكره الشافعي .

انظر : أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٧٨/٤ ؛ القراني / شرح تنقيح الفصول : ٤٥١ — ٤٥٢ ؛ المشاط / الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة : ٢١٩ ؛ آل تيمية / المسودة : ٤٥١ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ .

(٣) الاستصناع هو : عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل . وصورته : أن يطلب المشتري من الصانع أن يصنع له سلعة معينة نظير عوض معين بخامات من عنده وبين له نوع ما يعمل وقدره وصفته ، كما هو شائع في الوقت الحاضر مع التجار والحياطين وغيرهم من الصناع . وهو جائز بالإجماع لحاجة الناس إليه في كل زمان ومكان .

وبعد الاستصناع من العقود المسماة عند الحنفية ، فهو عقد مستقل له أحكامه وشروطه الخاصة . أما المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، فلم يجعلوا الاستصناع عقدا مستقلا ، ولم يعرفوه تعريفا مستقلا يبين له ماهية خاصة ، وإنما جعلوه قسم من أقسام السلم ، لا يصح إلا بشروطه . [انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢/٥ ؛ الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٢٢٣/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م) : (١٢٤) : ٩٩/١ ، (م) : (٣٨٨) : ٣٥٨/١ — ٣٥٩ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢١٥/٣ ؛ الشافعي / الأم (باب السلف في الشيء المصلح لغيره) : (٣/١٣٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٣٩/٤ وما بعدها] .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢/٥ — ٣ ؛ ابن الممام / فتح القدير : ٤٥٢/٦ .

ولحديث ((فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ))^(١).

٣- الأصل في العقود والشروط الإباحة عند الإمام مالك وطائفة من أصحابه ، فالملكية وإن وافقوا الحنابلة في الأصل إلا أنه قللوا من الاستثناءات التي يستعملها فقهاء الحنابلة ؛ توفيقاً بين الأحاديث الواردة في هذه المسألة^(٢).

ومن ذلك : جواز اشتراط المتعاقد لنفسه منفعة يسيرة ، على ألا يؤثر ذلك في حرية المتعاقد في التصرف في أصل الشيء ؛ لأن هذه من الثنيا المنهي عنها بالنص فيوقفون بين حديث جابر وحديث النهي عن الثنيا .

٤- يعد المذهب الشافعي أقرب المذاهب إلى الظاهرية في مسألة حرية العقود والشروط ، إلا أنهم أكثر توسعا من الظاهرية نظرا لاختلاف أصول مذهبهم عن المذهب الظاهري فهم يعللون الأحكام ويأخذون بالقياس بخلاف أهل الظاهر الذين يقفون عند ظواهر النصوص ولا يعللون الأحكام ويرفضون الأخذ بالقياس ، ولهذا كان الشافعية أكثر توسعا من الظاهرية في هذه القاعدة وإن وافقوهم في الأصل .

٥- يعد مذهب الحنابلة أوسع المذاهب في هذه القاعدة ، فالأصل في العقود والشروط عندهم الحرية والإباحة ، ما لم يكن فيها مخالفة لنصوص الشريعة وقواعدها .

فالقضايا الشرعية الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم . فالشرط الجائز بمثلة العقد بل هو عقد وعهد ، وقد أمر الله بالوفاء بهما .

وإذا فهنا قاعدتان من قضايا الشرع :

الأولى : أن كل شرط خالف حكم الله ونقض كتابه فهو باطل

الثانية : أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه فهو لازم بالشرط .

(١) هذا الحديث هو الأصل الذي يستند عليه الحنفية في اعتبار العرف.

جزء من حديث رواه أحمد .

قال البنا : " استاده صحيح وهو موقوف على ابن مسعود " ، وقال الهيتمي : " رواه أحمد والبخاري في الكبير ، ورجاله موثقون " .

أحمد ، المسند : ١٦/٢ ، مسند عبد الله بن مسعود (٢٥) ، حديث (٣٦٠٠) .

بلوغ الأماني : ١٧٠/٢٢ ؛ مجمع الزوائد : ١٨٣/١ .

(٢) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٠/٢ ؛ التاودي / حلي المعاصم : ٨/٢ .

ولا يُستثنى من هاتين القاعدتين شيء إلا ما استثناه الشارع ، وما خالف هذا القول من الأقوال والآراء لا يهدم قاعدة من قواعد الشرع ^(١) .

٦- مما تقدم تبين أن المذاهب الثلاثة مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم تشترك في كونها تُقيّد باب الشروط بقيود تختلف سعة وضيقاً ، أما مذهب الحنابلة فهو أوسع منها في هذا الباب .

وتجدر الإشارة إلى أن من تشدّد منهم في هذه القاعدة توسّع في إثبات الأدلة المثبتة لجواز العقود ، كتاباتهم أصل المصالح المرسلة ^(٢) ، والاستحسان ، والعرف ، وهذه الأصول توسّعوا في هذه القاعدة واقتربوا من توسّع فيها .

٧- لا خلاف بين الفقهاء في صحة الشرط الذي يقتضيه العقد ، أي الآثار المترتبة على العقد بحكم الشرع ، فالعقد يقتضي ذلك الشرط من غير ذكر ويلزم الوفاء به وإن لم يذكر في العقد ، فيكون ذكره توكيداً للعقد وبياناً لمتنزهه ، كالبيع بشرط تسليم المبيع أو الرد بالعيب ، أو تعجيل الثمن ، أو انتفاع المشتري به كيف شاء . فهذه الشروط وأمثالها واجبة بالعقد فلا تفسده ، والعقد لازم بها فهي تؤكد العقد وتبين مقتضاه ^(٣) .

٨ - لا خلاف بين الفقهاء في صحة الشرط الذي يلائم العقد أي يؤكد موجهه ، كالبيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن ، أو بشرط الكفيل ، أو اشتراط الشهادة في البيع ^(٤) . إلا أن المذاهب تختلف عندما تُقرّر ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد ومن خلال تتبع نصوص الفقهاء فإننا نجد أن الحنفية هم أضيق المذاهب في هذه المسألة يليهم الشافعية ،

(١) انظر : ابن القيم / إعلام الموقعين : ٣٠٢/٣ - ٣٠٣ .

(٢) ومعناه : الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خاص في الشريعة بالعائتها أو اعتبارها . وهذا الأصل موضع خلاف بين الفقهاء ، ولم يأخذ به من الأئمة الأربعة سوى الإمام مالك - رحمه الله - ، والشافعي في قول قنم .

انظر : أمير بادشاه / تيسير التحرير / ١٧١ / القرائن / شرح تنقيح الفصول : ٤٤٦ ؛ المشاط / الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة : ٢٤٩ ؛ آل تيميه / المسودة : ٤٥٠ - ٤٥١ .

(٣) انظر : السرخسي / المبسوط : ١٤/١٣ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختصار على الدر المختار : ٨٥/٥ ؛ الدردير / الشرح الصغير وبلغه السالك عليه : ٧٨/٢ ؛ النووي / المجموع : ٣٦٤/٩ ؛ للماوردي / الحلو : ٣٨١/٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ١٤٩ - ١٥٠ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٨٩/٣ ؛ ابن قدامة / الكافي في فقه أحمد : ٣٧/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٠٩/٤ .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧١/٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٤٣/٦ ؛ النووي / المجموع : ٣٦٤/٩ ؛ للماوردي / الحاوي : ٣٨١/٦ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٠٣ - ٤٠٢/٣ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٢٣/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٨٩/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٠٩/٤ .

وجه الفرق بين المذهبين أن الخنفية إنما يُصحّحون الشرط للملائم للعقد استثناء من الأصل على سبيل الاستحسان ، والقياس عدم صحته ؛ لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل ، لأنه شرط عقد في عقد وهذا لا يجوز ، وفي الاستحسان يجوز ؛ لأن هذا الشرط وإن كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له في المعنى فيلحق به ^(١) .

أما الشافعية فإنهم يُجيزون الشرط للملائم للعقد أصلاً لا استثناء ^(٢) . وإذا كان الخنفية هم أضيّق المذاهب الفقهية في هذه المسألة فإننا نجد أن المالكية والحنابلة هم أوسع المذاهب في ذلك ، فإنهم يُجيزون الشرط للملائم للعقد أصلاً لا استثناء ؛ لأن كل شرط لا ينافي مقتضى العقد فهو صحيح ^(٣) .

ثانياً : الترجيح :

في ختام هذه القاعدة نُؤيّد القول بأن الحرية هي المبدأ الأصلي العام في العقود والشروط ، وكل شرط يُقصد بالعقد ولم ينافِ مقصوده فهو شرط صحيح .

وإذا فالأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً ، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين فعندئذ يُمنع بخصوصه على خلاف القاعدة ، ويُعتبر الاتفاق عليه باطلاً ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحلّ حراماً أو تُحرّم حلالاً .

وهذا المبدأ تضمّنه حديث « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا » ^(٤) .

وأيضاً الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها في شأن بريرة لما خطب رسول الله ﷺ على المنبر وقال : « مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ » ^(٥) . يقول ابن تيمية رحمه الله عن هذا الحديث : " بَيِّنَ ﷺ هذه الكلمة — التي هي

(١) انظر : السرخسي / المسبوط : ١٩/١٣ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧١ / ٥ .

(٢) انظر : البزوي / المجموع : ٣٦٤/٩ ؛ الماوردي / الحاوي : ٣٨١/٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٥٣ .

(٣) انظر : الخرخشي / الخرخشي على مختصر خليل : ٨٢/٥ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٨٩/٣ ؛ ابن قدامة /

المغني على مختصر الخرخشي : ٣٠٩/٤ .

(٤) تقدم ترجمته ، ص : ٢٩ .

(٥) تقدم ترجمته ، ص : ١٦ .

من جوامع الكلم الذي بعث به — أن ما خالف كتاب الله فهو باطل ، وأن كتاب الله أحق أن يتبع مما خالفه ، وشرط الله أوثق من شرط غيره " (١) ومن ثمّ فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة ، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع التعامل بها في زمنهم فإذا استحدثت عقود أخرى توافرت فيها الشروط الشرعية المقررة فقهاً ، كانت عقوداً مشروعة .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري مؤيداً هذا القول : " إن الباحث يلمح من خلال الأحكام التي يُقررها الفقهاء في صدد العقود المسماة أنهم يُسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد ، يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت . بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة ، هي أن للمسلمين عند شروطهم ، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقداً مشروعاً " (٢) .

المطلب الثالث : اعتبار العرف أساساً في تحديد الالتزامات .

إن للعرف في الفقه الإسلامي اعتباراً شرعياً في بناء كثير من أنواع الأحكام ، يقول ابن عابدين (٣) : " إن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة " (٤) . وقاعدة الفقهاء في ذلك هي : كل ما ورد به الشرع مطلقاً ، ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف (٥) .

(١) نظرية العقد : ١٤ — ١٥ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٨٠/١ .

(٣) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، الدمشقي (١١٩٨ — ١٢٥٢هـ) : ابن عابدين ، من كبار علماء الحنفية ، وإمامهم في عصره . وفقهه الديار الشامية . من مصنفاته : (رد المختار على الدر المختار) ، المشهور بحاشية ابن عابدين ، و(مجموعة رسائل) ، و (حواشي على تفسير البيضاوي) وغيرها . [انظر : الزركلي / الأعلام : (٤٢/٦) ، كحالة / معجم المؤلفين : (٧٧/٩) ، البغدادى / هدية العارفين : (٣٦٧/٢)] .

(٤) مجموعة رسائل ابن عابدين : ١١٣/٢ . وانظر : البخاري / كشف الأسرار : ١٧٥/٢ ؛ الزركشي / البحر المحيط : ١٥٤/٢ — ١٥٦ .

(٥) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٩٨ .

فالشريعة الإسلامية التي جاءت لتنظيم المجتمع وإسعاد الناس بجلب المنافع لهم ودفع المضار عنهم ولم تفصل أحكام الوقائع كلها لا يتصور فيها أن تحول بين الناس وبين ما تعارفوا عليه مما يجلب لهم نفعاً أو يدفع عنهم ضرراً أو يرفع عنهم حرجاً ومشقة ، كما أن مراعاة العرف من وسائل تطور الفقه الإسلامي حسب الزمان والمكان .

يقول الشاطبي ^(١) : " لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح ، لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد ، لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد ، دل على جريان المصالح على ذلك ، لأن أصل التشريع سبب المصالح ، والتشريع دائم كما تقدم ، فالمصالح كذلك ، وهو معنى اعتبار العادات في التشريع " ^(٢) .

وخير دليل على ذلك فعله ﷺ وهو المبلغ عن الله ، فقد أقر مبدأ اعتبار العرف في التشريع ، فلم يهدم كل ما تعودته العرب في جاهليتهم بل أقر منه الصالح وأبطل الفاسد وعدل ما احتاج إلى تعديل ، فالسنة التقريرية ^(٣) دليل " شاهد لاعتبار العرف ، غير أن الأحكام الثابتة بإقرار العرف في عهده ﷺ تكون ثابتة بالسنة التقريرية لا بالعرف .

ففي بيوعاتهم أقر ما كان مبنيًا على التراضي خالياً مما يثير النزاع أو يوصل إلى أكمل أموال الناس بالباطل ، وفي النكاح أقر صنفاً كانت تختبئ فيه المرأة إلى وليها ويقدم لها مخاطبتها صداقاً ثم يعقد أمام شهود ، وألغى ما عدا ذلك ، وأقر أصل الطلاق ونظمه ، وأبقى

^(١) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي (- ٧٩٠ هـ) : أبو إسحاق ، من كبار فقهاء المالكية المحققين ، أصولي ، مفسر ، فقيه ، محدث ، نظار ، ثابت بارع في العلوم . أخذ العلم عن أئمة منهم : ابن الفخار ، وأبو عبد الله البليسي ، وأبو القاسم الشريف البستي ، وأبو عبد الله الشريف التلمساني . وأخذ عنه أبو بكر بن عاصم وآخرون . له استنباطات لطيفة ، وفوائد جلييلة وأبحاث شريفة مع الصلاح والعفة والورع واتباع السنة واحتساب البدع . وبالجملية قدره في العلوم فوق ما يذكر ، وتحليته في التحقيق فوق ما يشهر .

من تصانيفه : (الموافقات) في أصول الفقه ، وكتاب (الاعتصام) تأليف جليل في الحوادث والبدع ، و (المجالس) شرح به كتاب البيوع في صحيح البخاري ، وله غير ذلك .

[انظر : مخلوف / شجرة النور الزكية : (٢٣١) ؛ الزركلي / الأعلام : (٧٥ / ١)] .

^(٢) الموافقات : ٢١٩ / ٢ . وانظر : ابن القيم / إعلام الموقعين : ١١ / ٣ وما بعدها ، حيث عقد فصلاً في تقرير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد .

^(٣) السنة التقريرية هي : سكوتة ﷺ عن إنكار ما فعله الصحابة رضوان الله عليهم أمامه أو ما أخبر به ، فيعد ذلك إقرار منه للحكم وبيان لشريعته . [انظر : الأمدي / الإحكام في أصول الأحكام : ٢٤٤ / ١ - ٢٤٥ ؛ أبو زهرة / أصول الفقه : ١٠٥] .

نظام قصاص القتل العمد بعد أن خلّصه من عنت الجاهلية ، وأقر وجوب الدية في القتل الخطأ ونظام القسامة ^(١) وغير ذلك .

بل وأكثر من هذا فقد كان ﷺ ينهى عن أشياء لمها عاما ثم يجد لقوم عادة في بعض الجزئيات بحيث لو طبق الحكم عليهم لوقعوا في حرج ، فيستثنى موضع الحاجة ويرخص فيه .

من ذلك أنه لم ينهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ثم رخص في بيع السلم ^(٢) ؛ لأنه كان عرفا شائعا والحاجة تدعو إليه .

(١) روى مسلم عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن مسعود بن يسار مولى ميمونة زوج النبي ﷺ عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْأَنْصَارِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْرَ الْقَسَامَةَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ .

مسلم ، الصحيح : ١٢٩٥/٣ ، كتاب القسامة (٢٨) ، باب القسامة (١) ، حديث (١٦٧٠/٧) .
القسامة هي : " البين ، كالقسم . وحقيقتها أن يُقسم من أولياء الدم حمسون نفرا على استحقاقهم دم صاحبهم ، وإذا أخذوه قتيلا بين قوم ولم يُعرف قاتله ، فإن لم يكونوا خمسين أقسم الموجودون خمسين مينا ، ولا يكون فيهم صبي ولا امرأة ، ولا مجنون ، ولا عبد ، أو يُقسم بها المُتَّهَمُونَ على نفي القتل عنهم ، فإن حلف المُتَّهَمُونَ استحقوا الدية ، وإن حلف المُتَّهَمُونَ لم تَلْزَمُهُمُ الدية " . [ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر : ٦٢/٤] .

(٢)

السلم لغة : السلمُ ، وأسلم في الشيء وأسلمَ وأُسْلِفَ بمعنى واحد .

شرعا : اختلف الفقهاء في تعريف السلم تبعا لاختلافهم في الشروط المعترة في صحته كما يلي :
الحنفية والحنابلة الذين شرطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد وتأجيل المسلم فيه احترازا من السلم في الحال ، عرفوه بما يتضمن ذلك : فقد عرفه الحنفية بأنه : شراء آجل بعاجل . كما يفعل الزراع مع التحار في بيع المحصولات الزراعية قبل الحصاد .

وعرفه الحنابلة بأنه : عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد .
أما المالكية الذين منعوا السلم في الحال ، ولم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد ، وأجازوا تأجيله ليرمين أو ثلاثة لأنه يعتبر في حكم التحجيل ، عرفوه بأنه : عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العرضين .

وأما الشافعية الذين شرطوا لصحة السلم قبض رأس المال في مجلس العقد ، وأجازوا كون السلم حالا وموجلا عرفوه بأنه : عقد على موصوف في الذمة يبدل يعطى عاجلا .

[انظر : (م : سلم) : ابن منظور / لسان العرب : ٢٩٥ / الرازي / مختار الصحاح : ١٣١ ؛ الفيومى / المصباح المنير : ١٠٩ ؛ ابن عابدين / رد المختار على الدر المختار : ٢٠٩/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية : (م : ١٢٣) : ٩٩/١ ؛ والنوشرسي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ق : ١٤) : ١٧٣ ؛ ابن عرفة / الحدود : ٢٩١ ؛ الرافعي / فتح العزيز : ٢٠٩/٩ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣/٤ ؛ المرداوي / الإنصاف : ٨٤/٥ ؛ اليهودي / كشاف القناع : ٢٨٨/٣ — ٢٨٩ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٤) : ١٠٩] .

فَعَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ : يَا أَيْتَنِي الرَّجُلُ يُسْأَلُنِي مِنَ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدِي أَتْبَاعُهُ مِنْ السُّوقِ ثُمَّ أُبِيعُهُ . قَالَ : ((لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)) ^(٢).

ولما قدم المدينة وحدهم يتعاملون بالسلف (السلم) وهو نوع بيع ما ليس عند الإنسان فأقرهم عليه بعد أن نظمهم لهم ، فَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ فَقَالَ : ((مَنْ أَسْلَفَ فِي ثَمَرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ

^(١) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى القرشي الأسدي المكي (ق القيل ١٣ - ٥٥٤هـ) : أبو خالد ، صحابي جليل ، وهو ابن أخ خديجة أم المؤمنين ، أسلم يوم الفتح ، وفيه الحديث يومئذ : ((من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن دخل دار حكيم بن حزام فهو آمن)) ، صحب النبي ﷺ قبل البعثة وبعدها ، وكان من أشرف قريش في الجاهلية والإسلام ، عَمَّرَ طويلاً قِيلَ عشرين ومائة عام .
روى عنه : ابنه حزام ، وسعيد بن المسيب ، وعروة ، وغيرهم . له في كتب الحديث أربعون حديثاً . توفي بالمدينة المنورة .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : (١/٥٢٢-٥٢٣) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (١٧٦) ؛ الزركلي / الأعلام : (٢/٢٦٩)] .

^(٢) رواه الترمذي ، والنسائي ، وأبو داود ، وابن ماجه ، وأحمد .
الترمذي ، السنن : ٥٣٤/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٩) ، حديث (١٢٣٢) .

النسائي ، السنن : ٢٨٩/٧ ، كتاب البيوع ، باب التجارة (بيع ما ليس عند البائع) .
أبو داود ، السنن : ٢٦٨/٣ - ٢٦٩ ، كتاب البيوع والإجازات (١٧) ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) ، حديث (٣٥٠٣) .

ابن ماجه ، السنن : ٧٣٧/٢ ، كتاب التجارات (١٢) ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٢٠) ، حديث (٢١٨٧) .

أحمد ، المسند : ٢٢٦/٥ - ٢٢٧ ، مسند المكين ، مسند حكيم بن حزام (٣٤) ، حديث (١٥٣١١) (١٥٣١٢) (١٥٣١٣) (١٥٣١٥) . جاء في بلوغ الأمان : " وقال الترمذي حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن حكيم " [البتا / بلوغ الأمان من أسوار الفتح الرباني : ٤٦/١٥] .

مالك ، الموطأ : ٤٩٨/٢ ، كتاب البيوع (٣٠) ، باب العينة وما يشبهها (١٩) ، حديث (٤٥) .

^(٣) عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ بْنِ هَاشِمِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ الْقُرَشِيُّ الْهَاشِمِيُّ (٣ ق هـ - ٦٨ هـ) : أبو العباس ، صحابي جليل ، وهو ابن عم رسول الله ﷺ ، دعا له الرسول ﷺ بالفهم في القرآن ، فكان يُسمى البحر ، والخير ، لسعة علمه . قال عمر : لو أدرك ابن عباس أسناننا ما عَشَرَهُ منا أحد . وهو أحد المكرمين من الصحابة في رواية الحديث ، وأحد العبادة من فقهاء الصحابة . مات بالطائف .

[انظر : ابن حجر / الإصابة : (٢/٣٣٠-٣٣٤) ؛ ابن الأثير / أسد الغابة : (٣/١٨٦-١٩٠) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٣٠٩)]

مَعْلُومٌ وَوَزَنَ مَعْلُومٌ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ)) (١). فقد اعتبر العرف أولا ثم صار بعد إقراره تشريعا عاما تبعا لعموم رسالته .

وبذلك يكون رسول الله ﷺ قد حدد لنا نوع العرف الذي يعتبر أساسا للتشريع ، وهو أن ما تعودته الناس مما ليس فيه حكم مقرر ، فإذا كانت فيه مصلحة راجحة لا غنى للناس عنها ، أو يدفع عنهم مفسدة كبيرة ولا يخل بالاجتماع ، ولا يعارض مبادئ الشريعة ، فيقر ويعمل به فيصير شريعة واجبة الإتياع ما دام يحقق ذلك ، وإذا كان غير هذا الغي وأهدر ولا فرق في ذلك بين عرف عام شامل لجميع البلدان أو عرف خاص ببلد معين .

وجاء أصحاب رسول الله ﷺ من بعده فأكدوا بقاء اعتبار العرف الصالح فيما يجري بين الناس فيما لا يتناقى مع مبادئ الإسلام ورفضوا منه ما يخالف تعاليمه .

وعلى هذا المنهج سار الفقهاء المجتهدون ومن بعدهم ، ولبناء الأحكام الفقهية على العرف أمثلة كثيرة تفوق الحصر ، منها : الموالاة بين الإيجاب والقبول ، لأن الفصل بين الإيجاب والقبول يعد قرينة تدل على الإعراض عن العقد ، وأساس التفرقة بين ما يعد إقبالا على العقد أو إعراضا عنه هو العرف .

ومنها : التأخير الذي يمنع المشتري من الرد بالعيب ، فلو اشترى شخص سلعة فوجد بها عيبا ولم يردها على الفور بل بعد مدة من الزمن ، فهل يحق للبائع عدم الرد ؟ إن مرجع ذلك للعرف بحسب المدة التي أحر فيها المشتري المبيع وحسب نوع المبيع وإمكان حصول ضرر فيه في تلك المدة وغير ذلك من الاعتبارات (٢) .

ومن أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف :

١- " العادة محكمة " (٣) أي أن العرف يجعل حاكما في إثبات الأحكام الشرعية والالتزامات بين الناس على وفقه ، ويلزمهم به قضاء .

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ، واللفظ لمسلم .

مسلم ، الصحيح : ١٢٢٦/٣ - ١٢٢٧ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب السلم (٢٥) ، حديث (١٦٠٤/١٢٧)

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٨١/٥ ، كتاب السلم (٣٥) ، باب السلم في كيل معلوم (١) ، حديث (٢٢٣٩) .

(٢) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٩٠ ، ٩٨ ، الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٩١/٢ ، ابن تيمية / القواعد النورانية : ٨٠ .

(٣) ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٩٣ ، مجلة الأحكام العدلية (م : ٤٠) : ٤٣/١ ، السيوطي / الأشباه والنظائر

٢— " الحقيقة تترك بدلالة العادة " ^(١) : والمراد بالحقيقة هنا المعنى الأصلي للفظ في مقابل المعنى المجازي .

أي أن ألفاظ الناس في أقوالهم وتصرفاتهم تحمل على معانيها المتعارفة بينهم ، لا على معانيها الحقيقية في أصل اللغة .

٣— " استعمال الناس حجة يجب العمل بها " ^(٢) : وهذه القاعدة بمعنى قاعدة العادة محكمة ، وهي شاملة للعرف القولي والعملي ، فعادة الناس إذا لم تكن مخالفة للشرع ، فهي حجة ودليل يجب العمل بها ؛ لأن العادة محكمة .

٤— المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ^(٣) : أي أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقيد ، وإن لم يذكر صراحة ، ما لم يكن مخالفاً لأصول الشريعة وقواعدها . فتوابع العقود التي لا تذكر صراحة فيها ، تحمل على عادة كل بلد ، فمن اشترى سيارة دخل فيها عدتها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي بدون ذكر في العقد ؛ لأن العرف يدل على ذلك . إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك ، فالعقد شريعة المتعاقدين .

٥— " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص " ^(٤) : أي أن العرف العملي يعتبر مرجعاً للأحكام ودليلاً شرعياً عليها عند عدم وجود النص ، فيجب العمل به ما لم يكن هذا العرف مخالفاً لأصول الشريعة وقواعدها . فمن استأجر سيارة للحمل ، فإن له تحميلها النوع والقدرة المتعارف عليه ، بما لا يسبب ضرر منه عليها .

٦— " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان " ^(٥) : أي أن ما كان من الأحكام الشرعية مبنيًا على عرف الناس وعاداتهم يتغير باختلاف عادة الناس من زمن لزمن ، فالأحكام الاجتهادية المبنية على المصلحة أو على القياس أو على العرف والعادة هي التي تتبدل بتبدل الزمان ، ولا يدخل في هذه القاعدة الأحكام النصية .

(١) مجلة الأحكام العدلية (م : ٤٠) : ٤٣/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٩٣ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٧) : ٤١/١ ؛ الرنو / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية : ٢٩٢ .

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٩٩ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٤٣) : ٤٦/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٩٦ ؛ الرنو / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية : ٣٠٦-٣٠٧ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية (م : ٤٥) : ٤٦/١ ؛ الرنو / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية : ٣٠٦-٣٠٧ .

(٥) مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٩) : ٤٣/١ ؛ الرنو / الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية : ٣١٠-٣١٣ .

ومن أمثلة الأحكام التي تغيرت لتغير العادات وتبدل المصالح وتطور الزمن : إنشاء المدارس ومراحل التعليم المختلفة ، والجامعات بأنواعها ونظمها المختلفة ، وكذلك إنشاء المستشفيات والوزارات المتخصصة ، والمحاكم على درجات مختلفة .

المطلب الثالث — الوفاء بالعقود .

الأصل في العقود أنه يجب الوفاء بها إلا ما قام دليل على منعه امتثالا لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) ، وقوله سبحانه تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾^(٢) .

فكل ما يصدق عليه أنه عقد فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن الكريم ، لكن هذا الحكم ليس عاما في كل العقود وذلك لتنوع العقود بحسب اللزوم وعدمه إلى عقود لازمة يجب الوفاء بها ، وعقود جائزة يستحب الوفاء بها لأنها من المعروف الذي ندب إليه الشارع^(٣) .

يقول ابن تيمية : إن العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل . على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها للملل ، بل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي .
والأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما أوجبه على نفسيهما بالتعاقد^(٤) .

فعقد الإنسان وتعهده الذي بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه ، ومقيد لإرادته بإرادته ، وهذا الإلزام معناه تمام الاحترام لحرية العاقد ، وللحقوق الناشئة بعقده لغيره ، كي تتولى الثقة والاطمئنان إلى نتائج التعامل الاقتصادي ، ويعلم الإنسان كيف يبين تصرفه^(٥) .



(١) سورة المائدة : آية ١ .

(٢) سورة الإسراء : آية ٣٤ .

(٣) انظر الفصل الرابع — أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه ، ص : ٢٤٤ وما بعدها .

(٤) الفتاوى الكبرى (بتصرف) : ٤٨٥/٣ .

(٥) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٤٦٨/١ .

الفصل الثاني التعريف بالعقد

ويتمثل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً .

وفيه مطالبات :

المطلب الأول : تعريف العقد لغة .

المطلب الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً .

المبحث الثاني : الفرق بين العقد والتصرف ، والعقد والاتزام .

وفيه ثلاثة مطالبات :

المطلب الأول : تعريف التصرف والفرق بينه وبين العقد .

المطلب الثاني : تعريف الاتزام والفرق بينه وبين العقد .

المطلب الثالث : العلاقة بين العقد والتصرف والاتزام .

المبحث الأول — تعريف العقد لغة واصطلاحاً .

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول — تعريف العقد لغة :

العقد نقيض الحُل ، ومُعقد الشيء مَوْضِع عقده ، والعقد لغة كلمة تطلق ويراد بها عدة معانٍ منها : الربط ، والشد ، والجمع بين الشيئين ، ويراد بها أيضاً إحكام الشيء وتقويته ووجوبه وضمنان لزومه ، فعقد كل شيء إحكامه وإبرامه ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ ﴾^(١) ، فسمى عقد النكاح عقدة لأنه يربط بين الزوجين^(٢) .

ومن معانيه أيضاً الضمان والعهد ، ويجمع على عقود ومنه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٣) . قيل هي : العهود ، وقيل هي : الفرائض التي ألزموها^(٤) . والربط يتضمن تلك المعاني ويجمعها وهو المعنى الأصلي لكلمة (عقد) كما يظهر من بيان أهل اللغة يقال : عقدت الحبل عقداً فانهقد أي شدته وقويته ، أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما وأحكامته بالعقد عليه .

وتستعمل كلمة (عقد) في لسان العرب للربط المعنوي بين كلامين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والنكاح ، كما استعملت في كل ما يعقده العلق فبنشئ به التزاما كعقد العهد واليمين ، واستعماله في الربط المعنوي يفيد أنه قوى التوثيق واللزوم^(٥) ، يقال : عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله : ألزمته ذلك ، فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فتأويله : أنك ألزمته ذلك باستيثاق ، وأيضاً يقال عقد اليمين يعقدها عقداً

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٢) انظر : أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٢ / ٦١٤ ، الرازي / التفسير الكبير ومفاتيح الغيب : ٦ / ١٤٥ ؛ القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٣ / ١٩٢ .

(٣) سورة المائدة : آية ١ .

(٤) انظر : ابن منظور / لسان العرب : ٣ / ٢٩٧ .

(٥) انظر : (م : عقد) : الفيروز آبادي / القاموس المحيطة : ١ / ٣١٥ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٦٠ ، أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٢ / ٦١٣ — ٦١٤ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٣ / ٢٩٦ — ٢٩٧ ؛ الجوهري / المصباح : ٣ / ٥١٠ ، البروي / تهذيب الأسماء واللغات : من القسم الثاني : ٢ / ٢٧ — ٢٨ .

وعقدها : أكدّها ^(١) ومنه قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾ ^(٢) .

وإذا فالعقد لغة هو الربط الشامل للمعنى الحسي والمعنوي ، ويشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق أو اللزوم من جانب واحد أو من جانبين عملاً كان أو تركاً .

المطلب الثاني — تعريف العقد اصطلاحاً :

إنَّ المُتَّبِعَ لأقوال الفقهاء عند كلامهم عن العقود يجد أن مدلول العقد في اصطلاح الفقهاء لا يبعد عن معناه اللغوي وإن كان أخص منه ، فهو عندهم يدور حول معنيين أحدهما عام والآخر خاص ، وفيما يلي تفصيل القول في ذلك .

أولاً . المعنى العام للعقد :

ينظر بعض الفقهاء إلى العقد نظرة عامة فيشمل عندهم كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به وترتب عليه حكم شرعي ، وهذا يشمل الالتزام من طرفين متقابلين كما في البيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود ، والالتزام من طرف واحد ، أي الالتزام الذي تم بإرادة منفردة لا تقابلها التزامات من الطرف الآخر ، كاليمين ، والنذر ، والطلاق ، والإبراء ، والهبة ، والهدية ، والصدقة ، وأيضا الالتزام بحكم ديني كأداء الواجبات وترك المحظورات ^(٣) . وبهذا المعنى فسر المفسرون قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٤) .

(١) انظر : ابن منظور / لسان العرب : ٣ / ٢٩٦ — ٢٩٧ .

(٢) سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٣) انظر : الجصاص / أحكام القرآن : ٢ / ٢٩٤ .

(٤) سورة المائدة : آية ١ .

اختلف المفسرون في العقود التي أمر الله الوفاء بها في هذه الآية على أقوال :
الأول : ما عقد الله على العباد من الأحكام والتكاليف الدينية ، وما يعقدونه بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به أو يحسن ديناً .
الثاني : العقود التي يتعاقد بها الناس بينهم ، ويعقدها المرء على نفسه كعقد البيع وعقد النكاح وعقد اليمين .
الثالث : العقود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على النصرة والموازة .
الرابع : ما عقد الله على العباد مما أحل لهم وحرم عليهم وألزمهم فرضه وبين لهم حدوده .
الخامس : عقد النكاح والشركة واليمين والعهد والخلف وزاد بعضهم البيع وقيل غير ذلك .
ورجح المفسرون القول الأول ، وهو أولى الأقوال ، فالمدلول العام للعقد هو المراد في هذه الآية الكريمة . =

وفي ذلك يقول ابن العربي ^(١) : "ربط العقد تارة يكون مع الله ، وتارة يكون مع
الآدمي ، وتارة يكون بالقول ، وتارة يكون بالفعل" ^(٢).

وجاء في الأشباه والنظائر ما يؤيد هذا المعنى ، فجاء في القسم الثالث من أقسام العقود
أن العقد من حيث افتقارها للإيجاب والقبول أو عدمه خمسة أقسام : منها : مالا يفتقر إلى
الإيجاب والقبول لفظاً كالهديّة ، والصدقة ، والهبة .

ومنها : ما يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً ، كالبيع والصرف والسلم .
ومنها : ما يفتقر إلى الإيجاب لفظاً ، ولا يفتقر إلى القبول لفظاً بل يكفي الفعل ،
كالوكالة ، والوديعة ، والعارية .

ومنها : مالا يفتقر إليه أصلاً بل شرطه عدم الرد كالوقف ونحوه
ومنها : ما لا يرتد بالرد ، كالضمان ، والإبراء ^(٣).
وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية من ضمن العقود التي أوردتها : العتق وعقد الولاء
والطاعة والنذر واليمين بل أنه أطلق العقد على المعاهدات بين المسلمين والكفار ^(٤).

= قال القرطبي — رحمه الله — مؤيداً لهذا القول : " وهذا كله راجع إلى القول بالعموم وهو الصحيح في
الباب " [الجامع لأحكام القرآن : ٣٣/٦ ، وانظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٣٢/٦ — ٣٣ ،
الرازي / التفسير الكبير : ١٢٥/٦ — ١٢٦ ، ابن العربي / أحكام القرآن : ٥٢٥/٢ ، الطبري / جامع البيان
عن تأويل أي القرآن : ٤٧/٦ — ٤٩ ، الألويسي / روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني :
٤٨/٦] .

^(١) محمد بن عبد الله بن محمد المعافري المعروف بابن العربي الأندلسي . شيبلي (٤٦٨ — ٥٤٣) : أبو بكر ،
من كبار علماء المالكية ، محدث ، فقيه ، مجتهد ، أصولي ، أديب . أخذ عن الطروشني والإمام الغزالي وأخذ
عن القاضي عياض وغيره .
من تصانيفه : (عاضه الأخوذي شرح الترمذي) ، (أحكام القرآن) ، (المحصول في علم الأصول) ،
(مشكل الكتاب والسنة) .

[انظر : الذهبي / سير أعلام النبلاء : (٢٠٤ — ١٩٧/٢٠) ؛ مخلوف / شجرة النور الزكية : (١٣٦ — ١٣٨) ؛
ابن فرحون / الديباج المذهب : (٢٥٢ — ٢٥٦) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٢٤٢/١٠ — ٢٤٣)] .
أحكام القرآن : ٥٢٦/٢ . ^(٢)

^(٣) انظر : السيوطي : ٢٧٨ — ٢٧٩ .

^(٤) انظر : القواعد النورانية : ٧٣ ؛ نظرية العقد : ٢١ ، ٦٠ ، ٦٢ ، ٦٥ ، ٦٦ .

وقسّم ابن رجب ^(١) رحمه الله العقود إلى قسمين : الأول عقود المعاوضات المحضة ^(٢) كالبيع ، والثاني : عقود لا معاوضة فيها ، وهي عقود التبرعات ^(٣) ، كالصدقة والهبة والهدية ^(٤) .

وما سبق يتبين أن العقد بملوله العام عند الفقهاء يُقصد به التوثيق واللتزم ، فهو يشمل جميع الالتزامات الشرعية التي يترتب عليها حكم شرعي ، ولذا يطلق بعض الفقهاء على الطلاق والعق والنذر والتبرع مسمى العقد ؛ لما فيها من معنى اللزوم .

^(١) عبد الرحمن بن أحمد بن الحسن بن محمد ابن أبي البركات مسعود البغدادي الدمشقي الحنبلي ، الشهير بـ ابن رجب (٧٠٦ - ٧٩٥ هـ) : أبو الفرج ، زين الدين ، وجمال الدين أيضاً . من كبار فقهاء الحنابلة ، ولد ببغداد ، وتوفي بدمشق . كان محدثاً ، حافظاً ، فقيهاً ، أصولياً ، ومؤرخاً . قدم إلى دمشق مع والده فسمع معه من محمد بن إسماعيل ، وإبراهيم بن داود العطار وغيرهما . وبمصر من أبي الفتح الميمني ، وأبي الحرم القلانسي وغيرهما . وأكثر من المسموع وأكثر من الاشتغال حتى أتقن فن الحديث وصار أعرف أهل عصره بالعلل ، وتبع الطرق . تخرّج به غالب أصحابه الحنابلة .

من تصانيفه : (شرح سنن الترمذي) ومعه (شرح العلل) ، و(شرح قطعة من البخاري) ، و(ذيل الطبقات للحنابلة) ، و(تقرير القواعد وتحرير الفوائد) المشهور بقواعد ابن رجب وأجاد فيه ، و(جامع العلوم والحكم) وهو شرح الأربعين النووية . [انظر : ابن حجر / الدرر الكامنة : (١٩٥/٢) ؛ ابن العماد / شذرات الذهب : (٣٣٩/٦) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١١٨/٥)]

^(٢) عقود المعاوضات هي : كل عقد مختار على بدل من الجانبين . وتسمى أيضاً عقود المبادلات المالية [انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٣ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٧٨/١] . وانظر من هذا البحث ص : ٣٦٩ .

والمعاوضة المحضة هي : ما يفسد فيها العقد بفساد العرض ، ويكون المال مقصوداً فيها من الجانبين . وغير المحضة هي : ما لا يفسد فيها العقد بفساد العرض ، ولا يكون المال فيها مقصوداً من الجانبين . فالعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة للمتعاقد الآخر ، كالكفالة فلها عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول ؛ لأنه أخذ الكفالة في مقابل الدين الذي له ، وهي بالنسبة للكفيل تبرع ؛ لأنه لم يأخذ أجراً على كفالاته إذ يكون قد التزم دون مقابل . [انظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٠٣/٢ ، ١٨٥/٣ - ١٨٦] .

^(٣) عقود التبرعات : هي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر فلا يأخذ فيها المتعاقد مقابلاً لما أعطاه ، ولا يعطي فيها المتعاقد الآخر مقابلاً لما أخذه . [انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٧٩/١] .

وانظر من هذا البحث ص : ٣٧٠ .
^(٤) انظر : ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٥١ و ٥٢) : ٧١ - ٧٨ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٦-٥/٤ . فقد جاء فيه ما يفيد استخدام الفقهاء للعقد بملوله العام في معرض الحديث عن بيع المعاطاة .

وهذا المعنى العام للعقد هو المستعمل عند الفقهاء عند بياهم الأحكام العامة للعقود وتفصيلهم لقواعدها الأساسية ^(١).

بقي أن أشير إلى أن العقد بهذا المعنى مطابق لمعناه اللغوي .

ثانيا . المعنى الخاص للعقد :

عرّف الفقهاء العقد بمطلوله الخاص بتعريفات كثيرة متقاربة في اللفظ والمعنى يجمعها تعريفه بأنه : ربط إيجاب بقبول أو ما يقوم مقامهما على وجه مشروع ^(٢).

شرح التعريف :

أ . محترزات التعريف :

الربط : جنس في التعريف ، يشمل كل ربط سواء أكان حسيا أم معنويا ، مشروعا أم غير مشروع .

إيجاب بقبول : قيد في التعريف ، خرج به الربط الحسي ، وأيضا كل تصرف تستقل بإنشائه إرادة منفردة كالطلاق والعناق والوقف والإبراء والنذر واليمين وغير ذلك من تصرفات الإرادة المنفردة .

أو ما يقوم مقامهما : يدخل بهذا القيد ، ما يقوم مقام اللفظ في التعبير عن إرادة العاقدين كالتعاطي ، والإشارة ، والكتابة وغيرها من وسائل التعبير عن الإرادة ؛ لأن إظهار إرادة العاقد يتحقق بالتعبير عنهما بالكلام أو ما يقوم مقامه . على خلاف بين الفقهاء في مدى صلاحية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة ^(٣).

على وجه مشروع : قيد آخر في التعريف خرج به ربط الإيجاب بالقبول على وجه غير مشروع ، كعقد البيع إذا صدر من غير أهله كمن باع ملك غيره .

(١) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥ / ٢٤٠ ؛ القراني / الفروق (ف : ٢٠٩) : ١٣ / ٤ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٢ / ٣٩٧ — ٣٩٨ .

(٢) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٥ / ٢٨٣ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٣ / ١٨٩ ؛ البابري / العناية على الهداية : ٦ / ٢٤٨ ؛ البخاري / التوضيح على التقييد : ٢ / ١٢٣ ؛ منلا خسرو / امرأة الأصول شرح مرقاة الوصول : ٢ / ٣٨٩ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٠٣) : ١ / ٩١ ، (م : ١٠٤) : ١ / ٩٢ ؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ / ٥ ؛ الجرجاني / التعريفات : ١٦٦ ؛ الخفيف / أحكام المعاملات الشرعية : ١٧٠ .

(٣) انظر من هذا البحث ، ص : ٥٩ — ٦٣ .

ويثبت بهذا القيد الأكثر المترتب على العقد ؛ لأنه متى تم العقد صحيحا مستوفيا أركانه وشروطه الشرعية فإنه يترتب عليه ثبوت الأثر المقرر له شرعا ، كملك الرقبة في البيع وملك المنفعة في الإحارة وملك المنفعة في النكاح وغيرها^(١) .
إذا فُتيت أثر العقد مترتب على ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع .

ب . شرح المفردات :

ربط : الربط الشد والتوثيق^(٢) ، وهو وصف قائم بكل من العاقدين يترتب عليه ارتباط الإيجاب بالقبول .

إيجاب بقبول :

الإيجاب لغة : الالتزام والإثبات^(٣) .

الإيجاب شرعا :

أولا — عند الحنفية^(٤) : أول كلام يصدر من أحد العاقدين مُعبر عن إرادته من أجل إنشاء التصرف . وسمي إيجابا لإثبات الموجب بإيجابه للعاقد الآخر حق القبول .

ثانيا — عند جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية والحنابلة^(٥) : ما دلَّ على التمليك ونحوه ، كقول البائع^(٦) : بعتك أو ملكتك ، فهذا يعتبر إيجابا وإن صدر ثانيا ؛ لأنه صدر من المالك صاحب العين .

القبول لغة : التصديق والتلقي والأخذ^(٧) .

(١) انظر : الفتاواني / الطلويح على التوضيح : ١٢٣/٢ ؛ البخاري / التوضيح على التقيح : ١٢٣/٢ .

(٢) انظر (م : ربط) : الفيومي / المصباح المنير : ٨٢ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٩٧ .

(٣) انظر : (م : وجب) : الفيومي / المصباح المنير : ٢٤٨ .

(٤) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٨٣/٥ ؛ ابن القيم / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية ابن

عابدين : ٥٠٦/٤ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٠١) : ٩٠/١ .

(٥) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣/٣ ؛ عليش / شرح منح الجليل : ٤٦٣/٢ ؛

اخلي / شرح اخلي على المنهاج : ١٥٣/٢ ؛ الشربيني / مغني اختاج : ٣/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر

الخزقي : ٢/٤ ؛ البهوتي / شرح منتهى الارادات : ١٤٠/٢ ؛ ابن قدامة / الكافي في فقه أحمد : ٣/٢ .

(٦) ومن في حكمه كالمؤجر وغيره .

(٧) انظر : (م : قبل) : الفيومي / المصباح المنير : ١٨٦ .

القبول شرعا :

أولا — عند الحنفية^(١) : ثاني كلام يصدر من العاقد الآخر بعد الإيجاب مُعبرا عن رضا على إتمام العقد .وسمي قبولا لأنه يقع جوابا للأول ، وبه يتم العقد .
وإذا فالمعتبر عند الحنفية أن الإيجاب ما صدر أولا والقبول ما صدر ثانيا سواء أصدَرَ من المالك أم من المملك .

ثانيا — عند جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية والحنابلة^(٢) : ما دل على التملك ونحوه ، كقول المشتري بعني أو ملكني ونحوه ، فهذا يعتبر قبولا وإن صدر أولا ؛ لأنه صدر من طالب التملك .

إذا فالمعتبر عند جمهور الفقهاء صدور الإيجاب من المالك والقبول من المملك ولا اعتبار لتقدم أحدهما على الآخر .

والمراد بربط الإيجاب بالقبول : أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه مشروع ، ويسمى هذا الارتباط انعقادا^(٣) .

وهذا الربط اعتباري (معنوي) في نظر الشرع غايته التعبير عن رضا العاقدين ؛ لأن العاقدين وإن كانت إرادتهما متفقة إلا أن هاتين الإرادتين خفيتان ولا بد من إظهارهما وذلك يتحقق بالتعبير عنهما بالكلام أو ما يقوم مقامه . إذا فالتعبير عن الرضا المتقابل لإرادة العاقدين في إنشاء العقد يسمى بالإيجاب والقبول^(٤) .

ثالثا . العلاقة بين المعنى اللغوي والأصطلاحي :

إن العقد بمعناه الخاص عند الفقهاء لا يبعد عن المعنى اللغوي بل هو تقييد له وحصر لملا فيه من العموم .

(١) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٥ / ٢٨٤ ؛ ابن الممام / فتح القدير : ٦ / ٢٤٨ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٤ / ٥٠٦ ؛ مجلة الأحكام (م : ١٠١ — ١٠٢) : ٩٠ / ٩١ .

(٢) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ / ٣ ؛ عlish / شرح منح الجليل : ٢ / ٤٦٣ ؛ الخلي / شرح إخلي على المهاج : ٢ / ١٥٣ ؛ الشربيني / مغني احتاج : ٢ / ٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ٤ / ٢ ؛ البهرني / شرح منتهى الإرادات : ٢ / ١٤٠ ؛ ابن قدامة / الكافي في فقه أحمد : ٢ / ٣ .

(٣) الانعقاد هو : " ارتباط أجزاء التصرف شرعا " [البحاري / التوضيح على التقيح : ٢ / ١٢٣] .

(٤) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٥ / ٢٨٣ ؛ ابن الممام / فتح القدير : ٦ / ٢٤٨ — ٢٤٩ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٢٩٢ / بدران / الشريعة الإسلامية : ٣٦٤ .

بقيت الإشارة إلى أن العقد بمعناه الخاص هو المراد عند إطلاق كلمة عقد وهو كذلك المتبادر إلى الذهن .

المبحث الثاني - الفرق بين العقد والتصرف والالتزام .

إن بيان وجه الفرق بين العقد والتصرف والالتزام يستلزم أولاً تعريفاً موجزاً لكل من التصرف والالتزام ، ومن ثم نستخلص العلاقة القائمة بين هذه المصطلحات الثلاثة .
وبيان ذلك كما يلي :

المطلب الأول - تعريف التصرف وبينه وبين العقد .

ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول - تعريف التصرف لغة واصطلاحاً :

أ . التصرف لغة :

التقليب في الأمور والسعي في طلب الكسب^(١).

ب . التصرف في اصطلاح الفقهاء :

المستفاد من كلام الفقهاء أن التصرف هو : ما يصدر عن الشخص بإرادته ويُرتَّب عليه الشرع أحكاماً مختلفة^(٢).

وهذا يشمل جميع أنواع التصرفات الفعلية والقولية^(٣)، وسواء أكانت تلك التصرفات

(١) انظر : (م : صرف) : الفيومي / المصباح الخير : ١٢٩ ؛ الزعخشري / أساس البلاغة : ٣٥٣ .

(٢) الموسوعة الفقهية التابعة لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت : ٧١/١٢ .

وانظر : أبا زهرة / الملكية ونظرية العقد : ٢٠١ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٢٨٨/١ .

(٣) التصرف الفعلي هو : ما كان قوامه عملاً غير لسانی ؛ كإحراز المباحات ، والغصب ، والإتلاف ، واستلام المبيع ، وقبض الدين .

وأما التصرف القولي فنوعان : الأول : التصرف القولي العقدي ، وهو الذي يتكون من قولين من جنابين يرتبطان ، أي ما يكون فيه اتفاق بين إرادتين ، كالبيع ، والإجارة ، والشركة ، وغيرهم .

الثاني : تصرف قولي غير عقدي ، وتحت نوعان : أحدهما : نوع يتضمن إرادة إنشائية وعزمكة مبرمة من صاحب على إنشاء حق أو إغائه أو إسقاطه ، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة .

وهذا النوع من التصرف القولي يسمى عقداً على المعنى العام للعقد . وثانيهما : لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحق أو إسقاطها لكنه أقوال تترتب عليها آثار شرعية ، كالدعوى فإنما طلب حق أمام القضاء ، والإقرار والإنكار والخلف على نفي دعوى الخصم . وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه أي شبه عقدي .

[انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٢٨٩/١ - ٢٩٠] .

عبادات كالصلاة والزكاة والصوم والحج أم غيرها من تمليكات^(١) ومعاضات كالبيع والإجارة والنكاح ، أم من تبرعات كالوقف والهبة والهبة والصدقة ، أم تقييدات^(٢) كالحجر والرجعة وعزل الوكيل ، أم التزامات كالضمان والكفالة والحوالة والنذر واليمين ، أم إسقاطات^(٣) كالطلاق والخلع والإبراء عن الدين ، أم إثباتات كالإقرار والشهادة واليمين والرهن ، أم اعتداءات على حقوق الغير المالية وغيرها كالغصب والسرقة ، أم جنايات على النفس والأموال أيضا^(٤).

الفرع الثاني . الفرق بين العقد والتصرف :

مما تقدم يتبين أن التصرف يشمل العقد بمطلوه الخاص وغيره من التصرفات التي ليست بعقد ، وعليه فالعقد نوع من أنواع التصرف ، فكل عقد تصرف وليس كل تصرف عقداً .

(١) الملك لغة : المَلِكُ والمَلِكَةُ والمَلِكُ احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد .

اصطلاحاً : اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الملك مع كونها متقاربة في معناها مضمونها واحد ، منها ما جاء في فتح القدير بأنه : " قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف ، إلا لما منع " . وهذا التعريف للملك على أساس ذكر غايته والمقصود الأصلي الذي شرع من أجله .

[انظر (م : ملك) : ابن منظور / لسان العرب / ١٠ / ٤٩١ — ٤٩٥ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ٢٢١ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٢٦٤ ؛ الأصفهاني / معجم مفردات ألفاظ القرآن : ٤٧٢ . ابن الهمام / فتح القدير : ٢٤٨ / ٦ . وانظر : ابن نجيم / الأضياء والنظائر : ٣٤٦ ؛ الحموي / غمر عيون البصائر شرح الأضياء والنظائر : ٤٦١ / ٣] .

(٢)

التقييد لغة : مصدر قَيَّدَ ، وقَيَّدته تقييداً جعلت القيد في رحله ، ومنه تقييد الأنفاط بما يمنع الاختلاط ويزيل الالتباس . وفي اصطلاح الفقهاء يستعمل في مقابل الإطلاق ، لذا يطلقون على منع الشخص من التصرف تقييد ، كالحجر على الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر . [انظر : (م : قيد) الفيومي / المصباح المنير : ١٩٩ ؛ موسى / الأموال ونظرية العقد : ٤٦٤ ؛ بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود : ٤٩٢] .

(٣)

الإسقاط لغة : الوقوع والإلقاء ، وسقط الدين معناه : سقط طلبه . واصطلاحاً : إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق . وتسقط بذلك المطالبة به ، لأن الساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل . [انظر : (م : سقط) : الفيومي / المصباح المنير : ١٠٦ ؛ الموصلي / الاختيار لتعليل المختار : ١٢١ / ٣ ، ١٧ / ٤ ؛ القراني / الذخيرة : ١٥٩ / ١ ؛ الشيرازي / المهذب : ٤٤٨ / ١ ، ٤٥٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٢١ / ٣] .

(٤)

انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٢٨٩ / ١ — ٢٩١ ؛ بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود : ٣٦٥ — ٣٦٦ .

المطلب الثاني — تعريف الالتزام والفرق بينه وبين العقد .

ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول . تعريف الالتزام لغة واصطلاحاً :

أ . الالتزام لغة :

مصدر التزم ، والمراد إرادة شغل الذمة بشيء^(١).

ب . الالتزام في اصطلاح الفقهاء :

يمكن تحرير مقصود الفقهاء للقول بالالتزام بأنه : " إيجاب الإنسان على نفسه أمراً جائزاً شرعاً " ^(٢) . سواء أكان يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه ، وسواء أكلان صادراً من شخص واحد ، أم من شخصين ^(٣) .

(١) اللغة العربية تفرق بين معنيين مصدرهما (م : لزم) .

الأول : الإلزام بمعنى الإيجاب . والثاني : الالتزام : بمعنى إرادة شغل الذمة بشيء — كما سبق — .

جاء في **المصباح المنير** : ٢١١ : " لزم الشيء يلزم لزوماً ثبت ودام ويتعدى باغمزة فيقال ألزمته أي أثبتته وأكثمته ، ولزمته المال وجب عليه ، ولزمته الطلاق وجب حكمه وهو قطع الزوجية ، وألزمته المال والعمل وغيره فاللزمه ، ولازمت الغريم ملازمة ولزمته ألزمته أيضاً تعلقت به ولزمت به كذلك ، واللزمته اعتنقته فهو مُلْزَمٌ ومنه يقال لما بين باب الكعبة والحجر الأسود المُلْزَمُ لأن الناس يعتنقونه أي يضمونه إلى صدورهم " .

ويرفرق الفقهاء أيضاً بين الالتزام والإلزام وقد تعرضوا لذلك في تعريفهم للذمة ، والفرق واضح بينهما ، فالالتزام يأتي من الشخص نفسه فهو أمر يقرره الإنسان باختياره بخلاف الإلزام فهو يأتي من الغير .

[انظر : (م : لزم) : الزحخشري / أساس البلاغة : ٥٦٤ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٢٤٩ ؛ القرافي / الفروق (ف : ١٨٣) : ٢٣١/٣ ؛ للكي / تهذيب الفروق : ٢٣٧/٣ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ٩٦/٢ ؛ العطار / نظرية الأجل في الالتزام : ٢٥] .

(٢)

العطار / نظرية الأجل في الالتزام : ٤١ .

(٣)

انظر : الخطاب / تحرير الكلام في مسائل الالتزام : ٦٨ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٣٣٦/١ ؛ زيدان /

المدخل للدراسة الشريعة : ٢٨٧ .

تنبيه : لم يتعرض أحد من الفقهاء لتعريف الالتزام فيما اطلعت عليه من المراجع ، إلا الشيخ الخطاطب من المالكية في كتابه : (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) وليس معنى هذا عدم معرفة الفقهاء به أو بمقتضاه في الأحكام ، غاية الأمر أنهم لم يفرّدوا له باب أو فصل خاص به ، إلا إن معناه ظاهر من خلال استعمال الفقهاء له في سائر الأبواب الفقهية .

الفرع الثاني . الفرق بين العقد والالتزام :

من خلال استعمال الفقهاء للدلول الالتزام يتبين أن الالتزام عام في التصرفات الاختيارية ، وهو بهذا المعنى يكون مرادفا للعقد بمدلوله العام ؛ لأنه يشمل كل ما يوجب الإنسان على نفسه سواء كان تصرفه ناتجا عن عقد بينه وبين آخر ، أم كان نتيجة لإرادته المنفردة . وهو بذلك يشمل جميع أنواع العقود ^(١).

والالتزام بهذا المعنى أعم من العقد بمدلوله الخاص ، والعقد بمدلوله الخاص يدخل في عموم الالتزام .

وعلى هذا فالالتزام نوع من التصرف الاختياري ، يتضمن إما إنشاء حق من الحقوق مثل عقد الإجارة ، فإنه تصرف ينشئ التزامين متقابلين هما التزام المُوَجَّر بتسليم العين للمستأجرة وللانتفاع بها مدة الإجارة ، والتزام المستأجر بتسليم الأجرة للمُوَجَّر مقابل انتفاعه بالعين ، أو إلغاء كفسخ العقد ^(٢) ، أو نقله كالحالة ، أو تعديله كالشروط العقدية التي يشترطها المتعاقدان أو أحدهما ، أو إسقاطه كالإبراء من الدين . لا فرق في هذا بين الأقوال والأفعال ، فالالتزام قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل ، وسواء في ذلك أكان الحق عينا أم

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١٠٣) : ٩١/١ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٦٨/٥ ؛ الجصاص / أحكام القرآن : ٢٩٤/٢ — ٢٩٥ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٩٢/٣ .

وهذا المعنى هو ما اعتبره الخطاب مدلولاً لغوياً للالتزام وعبر عنه بأنه : إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له ، أي ما لم يكن واجباً عليه قبل ، وهو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة وسائر العقود . [انظر : الخطاب / تحرير الكلام في مسائل الالتزام : ٦٨]

(٢) كفسخ البيع وغيره من العقود اللازمة من الجانبين ، أو اللازمة من جانب واحد والجائزة من الجانب الآخر كالرهن .

والفسخ في اللغة : يطلق على عدة معانٍ أظهرها النقص والرفع والإزالة ، يقال : فسخت البيع والأمر تقتضيهما ، وفسخت العقد فسحاً ورفعته ، وتقاسخ القوم العقد توافقوا على فسحه ، وفسخت المَفْصِل عن موضعه أزلته .

والمراد بالفسخ في اصطلاح الفقهاء : حل ارتباط العقد . والفسخ بهذا المعنى لا يبعد عن معناه اللغوي بل هو في الحقيقة تقييد له وتخصيص لعمومه .

[انظر (م : فسخ) : الرزقي / مختار الصحاح : ٢١١ ؛ القيومي / المصباح المنير : ١٨٠ ؛ ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٨ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٧١/٥ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٧ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ٧٠/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٢١) : ١١٥] .

ثابتا في الذمة ، وسواء أكان صادرا من شخص واحد كالوقف والإبراء والهبة ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والنكاح ^(١) .

المطلب الثالث — العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام .

بناء على أقوال الفقهاء السابقة في معنى كل من العقد والتصرف والالتزام يتبين ما يلي :

أولا : العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام علاقة عموم وخصوص مطلق . فالعقد بمدلوله الخاص والالتزام يدخلان في عموم التصرف .

ثانيا : الالتزام نوع من التصرف الاختياري ، فهو أخص من مطلق التصرف ؛ لأن التصرف شامل للالتزام وغيره ، فكل التزام تصرف ، وليس كل تصرف التزاماً .

ثالثا : العقد بمدلوله الخاص نوع من أنواع التصرف ، فالتصرف يشمل العقد وغيره من التصرفات التي ليست بعقد ، وبذلك يمكن القول بأن كل عقد تصرف وليس كل تصرف عقداً .

رابعا : إن التصرف في بعض صوره — ومنه العقد — هو السبب المنشئ للالتزام ، أي أن التصرف مصدر من مصادر الالتزام والالتزام أثره .

خامسا : أن العقد بمدلوله العام مرادف للالتزام .

سادسا : الالتزام أعم من العقد بمدلوله الخاص ، والعقد بمدلوله الخاص يدخل في عموم الالتزام ^(٢) .



(١) انظر : ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ٦٩/٢ — ٧٣ ، الزرقا / المدخل للفقه الإسلامي : ١/ ٥٠٦ —

٥٠٧ ، بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود : ٣٦٦ — ٣٦٧ .

(٢) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ١/ ٢٩١ ، بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية

والعقود : ٣٦٦ ، زيدان / المدخل لدراسة الشريعة : ٢٨٦ — ٢٨٧ ، أبازهر / الملكية ونظرية العقد :

٢٠١ ، السنهوري / مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٤٠/١ .

الفصل الثالث

أركان العقد وشروطه وحكمه

ويتمثل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في أركان العقد .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : ذكر اختلاف الفقهاء في تحديد الركن في العقود .

المطلب الثاني : في بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة .

المطلب الثالث : في بيان الركن الثاني من أركان العقد : محل العقد .

المطلب الرابع : في بيان الركن الثالث من أركان العقد : العاقدان .

المبحث الثاني : في شروط العقد .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الشروط العامة .

المطلب الثاني : الشروط الخاصة .

المبحث الثالث : حكم العقد .

المبحث الأول - في أركان^(١) العقد .

وفيه أربعة مطالب :

قبل الحديث عن أركان العقد أود أن أشير إلى أن الحديث عن هذه الأركان إنما هو على مقتضى المشهور الغالب وهو أن العقد لا يكون إلا بالمعنى الخاص ، والمراد أنه لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد ، أي أنه لابد من اجتماع إرادتين وتوافقهما ليتم التعاقد ، وأتناول من خلال بيان أركان العقد الشروط العامة لانعقاد العقود ، ذلك أن الشروط العامة لانعقاد العقد بعضها يرجع إلى الصيغة وبعضها يرجع إلى محل العقد وبعضها يرجع إلى العاقد ، وسوف أتناول أثناء بيان هذه الأركان الشروط العامة التي لابد من توفرها فيه .

وتجدر الإشارة إلى أن ركن العقد بناء على معناه العام عند الفقهاء والذي يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية ، يختلف باختلاف نوع التصرف ، فإن كان من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة كالعتق والطلاق ، انعقد بعبارة من له الإرادة المنشئة للعقد . وإن كان من التصرفات التي لا تتم إلا باجتماع إرادتين وتوافقهما ، كالبيع والإجارة ، فإن تحديد الركن مختلف فيه بين المذاهب كما يتبين من خلال المطلب الأول من هذا المبحث .

المطلب الأول - ذكر اختلاف الفقهاء في تحديد الركن في العقود .

اختلف الفقهاء في تحديد الركن على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية^(٢) إلى أن لكل عقد ركناً واحداً فقط وهو : الصيغة ، وهي عبارة عن الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما .

(١) الأركان جمع ركن وهو لغة : جانب الشيء القوي الذي يتوقف عليه وجوده لكونه جزءاً من ماهيته ككسبرة الإحرام بالنسبة للصلاة ، والصيغة بالنسبة للعقد .

الركن شرعاً : ما يقوم به الشيء أي يدخل في قوامه فيكون جزءاً من الماهية .

[انظر : أنس وآخرون / القاموس المحيط (م : ركن) : ٢٢٩/٤ ؛ من لا يخسر / مرآة الأصول :

٣٩٩/٢ ؛ ابن نجيم / فتح الغفار : ٥٩/٣ ؛ البحاري / التوضيح على التقيح : ١٣٠/٢ ؛ أمير بادشاه /

تيسير التحرير : ١٢٨/٢ - ١٢٩] .

(٢) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٣٣/٥ ؛ ابن عابدين / حاشية رد

المحتار على الدر المختار : ٥٠٤/٤ .

أما العاقدان ، والمحل للمعقود عليه فهما من مقومات ^(١) العقد الأساسية التي لا يمكن تصور وجود العقد دونهما ؛ لأنه يلزم لوجود الإيجاب والقبول وجود عاقلين ، ومحل يظهر فيه أثر الارتباط بين العاقلين .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ^(٢) إلى أن لكل عقد ثلاثة أركان هي :

- ١- الصيغة ، وهي عبارة عن الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما .
 - ٢- العاقدان — طرفا العقد — ، كالبائع والمشتري في عقد البيع .
 - ٣- المعقود عليه — محل العقد — ، ومثاله في عقد البيع المبيع والتمن .
- وإذا فهذه الأركان الثلاثة تتوول في الحقيقة إلى ستة كما تبين مما سبق .

سبب الخلاف :

سبب الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء اختلافهم في تعريف الركن اصطلاحاً ، فالركن عند جمهور الفقهاء أوسع منه عند الحنفية ^(٣) .

قال في حاشية الجمل عند بيانه أركان عقد البيع أنها " الأمور التي لابد منها ليتحقق العقد في الخارج ، وتسمية العاقد ركناً أمر اصطلاحى وإلا فليس جزءاً من ماهية البيع التي توجد في الخارج التي هي العقد ، وإنما أجزاؤه : الصيغة واللفظ الدال على المعقود عليه فبهذا الاعتبار كان المعقود عليه ركناً حقيقياً أي جزءاً من الماهية الخارجية التي هي العقد فكان ركناً باعتبار أنه يذكر في العقد " ^(٤) .

^(١) قوام الشيء لغة : بالفتح والكسر ، أي عماده الذي يقوم به وينتظم . [انظر : (م : قوم) : الفيومي / المصباح المنير : ١٩٨ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٢٣٣] .

^(٢) انظر : القرافي / الفروق (ف : ٧٠) ؛ ٨٣/٢ ؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٣ ؛ الدردير / الشرح الصغير : ٣/٢ ؛ الصاوي / بلغة السالك : ٣/٢ ؛ الخرشى / الخرشى على مختصر خليل : ٥/٥ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٣/٢ ؛ الأنصاري / شرح المنهج وحاشية الجمل عليه : ٥/٣ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٤٠/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٤٦/٣ .

^(٣) انظر : البخاري / التوضيح على التقيح : ١٣٠/٢ — ١٣١ ؛ التفزازي / التلويع على التوضيح : ١٣١/٢ .

^(٤) الجمل : ٥/٣ .

وهذا الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء اختلاف في الاصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة ؛ لأنهم جميعا متفقون على أن أي عقد من العقود لا يتصور وجوده دون وجود الصيغة والعائد والمعقود عليه .

المطلب الثاني — في بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة .

لا خلاف بين الفقهاء في أن الصيغة ركن في كل العقود^(١)، فهي أصل العقود ، وهي السبب المنشئ للعقد من حيث إنها هي التي أثبتت الحكم وبها وجد ، فالألفاظ أو ما يقوم مقامها تُظهر إرادة العائد ورغبته في إنشاء العقد ، ومن ثم يترتب على تلك الإيرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ، ولا تترتب الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ، ولا على مجرد الألفاظ مع العلم بأن المتكلم بما لم يرد معانيها ولم يحط بها علما ، بل إن الله عز وجل تجاوز للأمة ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به ، وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به .

فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم ، هذه قاعدة الشريعة^(٢) .

وفي هذا المطلب أتناول بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة ، وذلك بذكر تعريفها وشروطها كما يلي :

الفرع الأول . تعريف الصيغة لغة واصطلاحاً :

أ . الصيغة في اللغة :

مؤنث الصبغ ، يقال : صَاغَ الشيءَ يَصْوَغُهُ صَوْغًا وصِبَاغَةً وصُغْتُهُ أَصْوَغُهُ صِبَاغَةً وصِغَةً صنعه على مثال مستقيم . والمعدن : سبكه . والكلمة اشتقتها على مثال ، والكلام هيئته ورتبه . وصيغة الأمر هيئته التي بُنيَ عليها ، وصيغة الكلمة : هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها^(٣) .

(١) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٠٤/٤ ؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي : ٢/٣ ؛ الصاري / بلغة السالك : ٣/٢ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٣/٢ ؛ الأتصاري / شرح المنهج : ٥/٣ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإيرادات : ١٤٠/٢ .

(٢) انظر : ابن القيم / إعلام الموقعين : ٣/ ٨٦ ، ٩٦ — ٩٧ .

(٣) انظر : مادة (صوغ) : أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٥٢٨/١ — ٥٢٩ ؛ الفريسي / المصباح المنير : ١٣٤ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٤٤٢/٨ .

ب. الصيغة في الاصطلاح :

تطلق الصيغة عند الفقهاء ويراد بها : الألفاظ — أو ما يقوم مقامها — التي تصدر عن العاقد تُعبّر عن إرادته في إنشاء العقد وتدل على رضاه ، ويُعبّر عنها الفقهاء بالإيجاب والقبول ^(١) .

فالألفاظ والعبارات هي الأصل في التعبير عما يريد الإنسان ، ويقوم مقامها الكتابة ، والإشارة ، والرسالة ، والمعاطاة ^(٢) ، وقد اتفق الفقهاء في الجملة على أن الإيجاب والقبول كما يحصلان بالألفاظ يحصلان بالكتابة والإشارة والرسالة والمعاطاة ، إلا أنهم اختلفوا في حكم انعقاد بعض العقود بهذه الوسائل .

وفيما يلي لحة موجزة لأقوال الفقهاء في حكم انعقاد العقود بهذه الوسائل :

أولا . التعاقد بالكتابة :

اختلف الفقهاء في جواز التعاقد بالكتابة على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في القول الرابع — وهو المذهب كما ذكر النووي ^(٣) — ، والحنابلة ، إلى أن الكتابة تقوم مقام اللفظ في إنشاء العقود ، بين حاضرين وبين غائبين ، مع القدرة على النطق ومع عدمه ، إذا

(١) انظر : ابن اقسام / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢/٢٢٩ ؛ ابن عابدين / حاشية رد مختار على الدر المختار : ٥٠٤/٤ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه : ٣/٢ ؛ الخطيب / مواهب الجليل : ٤١٩/٣ ، ٤١٩/٤ — ٢٢٨ — ٢٢٩ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٣٨/٣ — ٣٣٩ — الأنصاري / شرح المنهج : ٥/٣ ؛ الجمل / حاشية الجمل : ٥/٣ ؛ ابن القيم / إعلام الموقعين : ٨٦/٣ ، ٩٧ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٢١) : ١١٧ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٣٠٠/١ .

(٢) المعاطاة هي : التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول ، وتسمى بالمعاطاة والتعلطي والمراوضة . [انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١٧٥) : ١٢٣/١ ؛ الدردير / الشرح الكبير : ٣/٣ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ١٨٥/٣ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٤١/٢] .

(٣) يحيى بن شرف بن مري الملقب بمحيي الدين النووي (٦٣١ — ٦٧٦ هـ) : أبو زكريا ، من أئمة الشافعية وعلمائهم المعروفين ، من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق . علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة . تعلم في دمشق ، وأقام بها زمناً .

من تصانيفه : (المجموع شرح المذهب) لم يكمله ، و(روضة الطالبين) في الفقه ، (تهذيب الأسماء واللغات) ، (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج) .

[انظر : ابن السبكي / طبقات الشافعية الكبرى : (٣٩٥-٤٠٠) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٢٠٢/١٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (١٤٩/٨-١٥٠)] .

كانت مستتبينة مرسومة ، واشترط الشافعية لانعقاد العقود بالكتابة النية ؛ لأنها من باب الكتابة . واستثنى المالكية والشافعية والحنابلة عقد النكاح فلا ينعقد بالكتابة ؛ لاشتراط الشهادة عليه ^(١) .

القول الثاني : ذهب الشافعية في القول الثاني إلى أنه لا يصح إنشاء العقد بالكتابة بين حاضرين وبين غائبين ما لم يمنع من النطق باللفظ مانع ^(٢) .

والصحيح — والله أعلم — هو قول جمهور الفقهاء ؛ لأنه القول الذي يؤيده الشرع والعقل . فالقرآن والسنة اقتصرنا على اعتبار الرضا من غير تحديد وسائله ، والكتابة وسيلة من وسائل التعاقد تبين إرادة العاقد وعدم الاعتداد بما فيه مشقة وحرَج ؛ لأن الحاجة قد تمس إليها .

ثانيا . التعاقد بالإشارة :

الإشارة إما من الناطق أو من العاجز عن النطق :

أما إشارة القادر على النطق فقد اختلف الفقهاء فيها هل تقبل كمنطقه في إنشاء العقود أم لا ؟ على قولين :

القول الأول : مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ^(٣) ، أن إشارة من كان مستطيعا النطق لغو في الجملة ، إلا في مسائل معدودة نص عليها الحنفية والشافعية أقاموا فيها الإشارة مقام النطق .

وبناء على ذلك فلا ينعقد العقد بإشارته ، بل لا بد من التعبير عن إرادته إما بالقول أو الكتابة .

(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٩ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٣١/٢ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٦٩) : ٦١/١ ، (م : ١٧٣) : ١٢١/١ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣/٣ ؛ الدردير / الشرح الصغير وبلغة السالك عليه : ٣/٢ ، ٣٥٠ ، ٣٨٧ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٤٠/٣ - ٣٤١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣٠٨ - ٣٠٩ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٥/٢ ؛ ١٤١/٣ ؛ الرملي / نهاية احتاج : ٣٨٠/٣ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٤٨/٢ ، ٣٩/٥ .

(٢) انظر : الشيرازي / المهذب : ٢٦٤/١ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٤٠/٣ - ٣٤١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣٠٨ - ٣٠٩ .

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٤٤ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٣٥/٥ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ١٦٦/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣١٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٣٩/٥ .

القول الثاني : مذهب المالكية ^(١) ، أن الإشارة المفهومة الدالة على الرضا عرفاً وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة سواء في ذلك القادر على النطق أم غير القادر .

وبناء على ذلك فإن إشارة القادر على النطق معتبرة كنطقه ما دامت مفهومة بين الناس ومتعارفاً على مدلولها ، إلا في عقد النكاح خاصة .

والراجح — والله أعلم — هو ما ذهب إليه المالكية من أن الإشارة المفهومة الدالة على الرضا عرفاً تعتبر وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة مطلقاً من القادر على النطق وغير القادر ؛ لأن الرضا لم يوضع له حد في الشرع ، وإنما مرجع ذلك للعرف ، فكل وسيلة تعبير عن الرضا عرفاً فلا مانع من انعقاد العقود بها ، إلا ما استثنى .

وأما العاجز عن النطق كالأخرس ، فقد اتفق الفقهاء على أن إشارة الأخرس خرساً أصلياً بأن ولد أخرس تقوم مقام النطق باللسان في جميع تصرفاته التعااملية القولية كإنشاء العقود والإقرارات وغيرها ، إذا كان لا يعرف الكتابة ^(٢) .

وبخلاصة القول أن الإشارة المفهومة الدالة على الرضا عرفاً وسيلة صالحة لإنشاء العقود من القادر على النطق وغير القادر ، لأن العقود تصبح بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل وهذا ما تدل عليه أصول الشريعة ^(٣) .

ثالثاً . التعاقد بالرسالة :

اتفق الفقهاء على جواز التعاقد بالرسالة في البيع والإجارة والنكاح والقرض والهبة وغيرها ، مع وجود تفرعات وصور مختلف فيها بين المذاهب ^(٤) .

(١) انظر : الخطاب / مواهب الجليل : ٢٢٩/٤ ؛ الصاوي / بلغة السالك : ٣/٢ .

(٢) فإن كان قادراً على الكتابة ، ففي المسألة خلاف وتفصيل ينظر في مظانه . وكذلك إن طرأ عليه الخرس .

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٤٣ — ٣٤٤ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٣١/٢ ، ١٣٥/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٧٠) : ٦٢/١ ، (م : ١٧٤) : ١٢٢/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣١٢ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ١٦٤/١ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٤٣/٣ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٣٩/٥ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٣١) : ١٢٠ .

(٤) انظر : ابن تيمية / مجموع الفتاوى : ١٣/٢٩ وما بعدها .

(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٣١/٢ ، ٢٣٣ ؛ المرغيناني / الهداية : ٢٥٤/٦ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٢٥٤/٦ — ٢٥٥ ؛ الدردير / الشرح الصغير : ٣/٢ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٥/٢ ؛ قليوب / حاشية قليوبي على شرح اغلي : ١٥٤/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٤٨/٣ .

رابعا - التعاقد بالتعاطي :

اختلف الفقهاء في التعاقد بالتعاطي في العقود المالية على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في قول ، والخنبالة^(١) ، إلى جواز البيع بالتعاطي وغيره من المعاضات كالإقالة والإجارة والشركة وغيرها .

القول الثاني : ذهب الشافعية في المشهور إلى اشتراط الصيغة لصحة البيع وما في معناه ، فقالوا : لا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير^(٢) .

القول الثالث : ذهب الشافعية في قول ثالث بجواز المعاطاة في البيع في المحقرات دون الأشياء النفيسة^(٣) .

والصحيح — والله أعلم — هو القول الأول ، وهو الراجح دليلا ؛ لأنه لم يصحح في الشرع اشتراط لفظ فوجب الرجوع إلى العرف ؛ ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه ، ولأن هذه العقود لو لم تتعقد بالأفعال الدالة عليها لفستدت أمور الناس .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد النكاح لا ينعقد بالتعاطي باتفاق الفقهاء ، بل لا بد من القول للقدار عليه ؛ وذلك لخطورة هذا العقد وعظم الآثار المترتبة عليه ، ولأن عقد النكاح يشترط لصحته الإشهاد عليه ، وهذا غير ممكن عند التعاقد بالتعاطي ، لعدم تمكن الشهود من معرفة انعقاد العقد إلا بسماع الإيجاب والقبول^(٤) .

(١) انظر : المرغيناني / الهداية / ٢٥٢/٦ ؛ ابن الممام / فتح القدير / ٢٥٢/٦ ؛ مجلة الأحكام (م : ١٧٥) : ١٢٣/١ ؛ حيدر / درر الحكام (شرح م : ١٧٥) : ١٢٢/١ ؛ الشرح الكبير / ٣/٣ ، ٢/٤ ؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / ٣/٣ ، ٣٤٨ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٢٨/٤ ؛ النسوي / روضة الطالبين : ٣٣٨/٣ — ٣٣٩ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٣/٢ ، البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٤١/٢ ؛ المرداوي / الإنصاف : ٢٦٣/٤ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٢٩) : ١١٩ .

وانظر في هذا الموضوع : مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (العدد الثاني والعشرون — السنة السادسة ، ١٤١٥ هـ — ١٩٩٤ م) ، الفطيميل ((الصيغة الفعلية وأثرها في إنشاء العقد)) : ١٥٠ — ١٧٧ .

(٢) انظر : النووي / روضة الطالبين : ٣٣٨/٣ — ٣٣٩ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٣/٢ .

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) انظر : القرافي / الفروق (ف : ١٥٧) : ١٤٣/٣ ؛ ابن تيميه / مجموع الفتاوى : ٥/٢٩ ، ٩ وما بعدها .

خامسا - حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة :

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ما يلي:

"١- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجتمعهما مكان واحد ، ولا يرى أحدهما الآخر معانية، ولا يسمع كلامه ، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) ، وينطبق ذلك على البرق والتللكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة انعقد العقد عند وصول الإيجاب للموجه إليه وقبوله .

٢- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين ، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي ، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليهم في الديباجة .

٣- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابًا بمحدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة ، وليس له الرجوع عنه .

٤- إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ، ولا الصرف لاشتراط التقابض ، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال .

٥- ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات " (١) .

الفرع الثاني - شروط الصيغة :

اشتراط الفقهاء في صيغة العقد شروطًا لا انعقد العقد بدونها ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : موافقة القبول للإيجاب (٢) .

الإيجاب والقبول يدلان على توافق الإرادتين — كما سبق تقريره — ، لذا لا بد أن يتوافق الإيجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد من مجموعهما .

(١) انظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الثاني ، قرار رقم (٦/٣/٥٤)

بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة : ١٢٦٧ - ١٢٦٨ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٣٦/٥ ؛ حيدر / درر الحكماء شرح مجلة الأحكام (شرح م : ١٦٧) :

١١٤ ؛ البروي / روضة الطالبين : ٣٤٢/٣ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٦/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع :

١٤٦/٣ .

فإذا كان القبول مخالفاً للإيجاب بأن ورد الإيجاب على موضوع والقبول على موضوع آخر ، أو ورد الإيجاب مقيداً بوصف والقبول مقيداً بوصف آخر ، فلا ينعقد العقد .
ففي عقد البيع مثلاً يشترط أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد العقد إلا إذا رضي البائع وأعاد الإيجاب^(١) .
وعلى سبيل المثال لو أوجب البائع في ثوب بمائة ريال حالة ، وصدر القبول من المشتري بتسعين حالة ، أو قبل الثوب بخمسة وعشرين دولار — وإن كانت تساوي مائة ريال — ، أو قبله بمائة مؤجلة ، لم يصح البيع إلا إذا رضي البائع وأعاد الإيجاب في ذلك البعض .

وفي عقد الزواج لو أوجب العاقد بإيجاب فيه مقدار من المهر ، وصدر عنها القبول بمهر آخر ، ففي هذه الحالة لم يتلاق الإيجاب والقبول ولم يتوافقا ، فلا يوجد العقد .
فإذا كانت مخالفة القبول للإيجاب إلى ما هو من مصلحة الموجب ، فإن العقد ينعقد مع هذه المخالفة ؛ لأنها مخالفة في الظاهر ، وتوافق في الحقيقة^(٢) ، فإذا قال ولي المرأة : زوجك على مهر قدره خمسين ألف ، فقال الزوج : قبلت على مهر قدره مائة ألف ، فينعقد النكاح مع مخالفة القبول للإيجاب ؛ لأن هذه المخالفة في مصلحة الموجب ، بل إن في ذلك دلالة أبلغ على الرضا والقبول .

الشرط الثاني : اتصال القبول بالإيجاب . وصدورهما في مجلس العقد^(٣) .

يشترط لانعقاد العقد اتصال القبول بالإيجاب ويحصل هذا الاتصال باتحاد مجلس العقد أي صدور كل من الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، لأن الإيجاب لا يكون جزءاً من العقد إلا إذا التحق به قبول ، فإذا اختلف المجلس لم ينعقد العقد لعدم التحاق القبول بالإيجاب .
ويستثنى من هذا الشرط بعض العقود ، تقتضي ألا يشترط فيها اتحاد المجلس ، بل إن بعض هذه العقود لا يصح فيه القبول في المجلس ، منها :

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١٧٧) ؛ ١٢٦/١ ؛ حيدر / درر المحاكم شرح مجلة الأحكام (شرح م :

١٧٧) ؛ ١٢٦/١ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٢٧) .

(٢) انظر : ابن المصنف / فتح القدير ؛ ٢٥٢/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٧٨) ؛ ١٢٨/١ ؛ النوري / روضة الطالبين ؛ ٣٤٢/٣ .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع ؛ ١٣٧/٥ ؛ الخطاط / مواهب الجليل ؛ ٢٤٠/٤ — ٢٤١ — الشربيني / معني المحتاج ؛ ٥/٢ ؛ ٦ ؛ البهوتي / كشاف القناع ؛ ١٤٧/٣ — ١٤٨ .

١- عقد الوصية : وهي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الملك عيناً أم منفعة ^(١) ، كالوصية بمبلغ من المال أو بمنفعة عين كدار أو سيارة لشخص ، فيصدر الإيجاب فيها حال حياة الموصي ، ولا يعتبر القبول من الموصى له إلا بعد وفاة الموصي ، فلا تنعقد الوصية إذا قبلها الموصى له في مجلس الإيجاب أو بعده في حياة الموصي ^(٢) .

٢- عقد الوصاية : وهو تكليف بالتصرف بعد الموت فيما كان له التصرف فيه . كقضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما فيه منفعتهم ، ويسمى المكلف بذلك وصياً ^(٣) ، ولا يشترط في الوصاية أن يكون القبول في مجلس الإيجاب ، بل يمتد زمنه إلى ما بعد الموت ، وعلى كل حال لا يصبح وصياً إلا بعد وفاة الموصي ^(٤) .

٣- الوكالة : وهي " استئابة جائر التصرف لمثله فيما تدخله النيابة " ^(٥) ، وتصح إذا قبلها الوكيل في غير مجلس الإيجاب ؛ لأن قبولها قد يكون باللفظ أو بالفعل بأن يشرع الوكيل في فعل ما وكل به ، ولا يتضرر الوكيل أو الموكل بسبب غيابه ؛ لأن الوكالة من العقود الجائزة فله الرد في أي وقت شاء ^(٦) .

(١) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخراقي : ٤٤٤/٦ ، ٥١٠ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٥٣٨/٢ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٣٢-٣٣٣ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٤٢٤/٤ ؛ المنهاجي / جواهر العقود : ٤٤٥/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٠ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخراقي : ٤٦٧/٦ .

(٣) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخراقي : ٥٩٨/٦ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٥٣٨/٢ .

(٤) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٧٠٠-٧٠١ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٤٥١-٤٥٢ ؛ المنهاجي / جواهر العقود : ٤٥٠/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٠ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخراقي : ٦٠٦/٦ .

(٥) البهوتي / كشف القناع : ٤٦١/٣ .

(٦) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٧/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م) : ١٤٥١ ؛ ٥٢٦/١١ ؛ حيدر / درر الحكام : ٥٤١/١١ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ١٣٢/٢ ؛ الشرييني / مغني اختار : ٢٢٢/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٠٥ ، ٣٠٠/٢ .

ويختلف مجلس العقد باختلاف حالة المتعاقدين وطبيعة العقد وكيفية التعاقد ، فمجلس العقد في حالة حضور العاقدین يختلف عن مجلس العقد في حال غيابهما ، وأيضاً فإن مجلس العقد في حالة الإيجاب والقبول بالألفاظ يختلف عن حال التعاقد بالكتابة والرسالة .
فمجلس العقد في حالة حضور العاقدین هو الاجتماع الواقع للعقد^(١) ، ويشترط لتحقيق الاتصال بين الإيجاب والقبول ألا يصدر من العاقدین أو من أحدهما ما يدل على إرضاه عن العقد بأن يفصل بينهما بكلام أجنبي لا صلة له بموضوع العقد ؛ لأن الفصل بكلام أجنبي يعد قرينة تدل على الإرضاء عن العقد والانصراف عنه ، وأساس التفرقة بين ما يُعدُّ إقبالا على العقد أو إرضاء عنه هو العرف^(٢) .

وهل يشترط الفورية أو التراخي في القبول ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :
القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة^(٣) ، إلى أنه لا يشترط القبول على الفور ، فإذا تراخى القبول عن الإيجاب ولم يحصل من العاقدین أو أحدهما ما يدل على إرضاه عن العقد ثم صدر القبول في آخر المجلس ، ثمَّ العقد . فالمجلس جامع للمتفرقات ، وقد جعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر ، وليكون للقابل فسحة من الوقت للتروي والتفكير^(٤) .
ولا يصح أن يمتد وقت تخيير القابل إلى ما بعد المجلس ، لأن في ذلك ضرراً بمللوجب ، فلا يعلم مآل إيجابه هل هو إلى القبول أم إلى الرفض ؟
فإذا تفرق المجلس من غير قبول ألغى الإيجاب ، ولتكوين العقد من جديد لا بد من إيجاب جديد .

(١) مجلة الأحكام العدلية (م : ١٨١) : ١٣٢/١ .

(٢) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٢٧/٤ - ٥٢٨ / الخطاب / مواهب الجليل : ٢٤٠/٤ - ٢٤١ / الشربيني / مغني المحتاج : ٥/٢ - ٦ / البهوتي / كشف القناع : ١٤٧/٣ - ١٤٨ / القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٢٦) : ١١٨ .

وقد ذكر الفقهاء أمثلة وصورا لما يعد إرضاء عن العقد ، ومرجع ذلك إنما هو للعرف .

(٣) انظر : ابن المدام / فتح القدير : ٢٥٤/٦ : مجلة الأحكام العدلية (م : ١٨٢) : ١٣٢/١ ؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٥/٣ ؛ الرادوي / الإنصاف : ٢٦٣/٤ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٤١/٢ .

(٤) انظر : البارقي / العناية على الهداية : ٢٥٣/٦ - ٢٥٤ .

جاء في الهداية : " وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض والرجوع " (١).

القول الثاني : ذهب الشافعية إلى أن القبول يجب أن يكون فور الإيجاب ، فقالوا : يشترط ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول بسكوت ولو سهوا أو جهلا على المعتمد ؛ لأن طول الفصل يُخرج الثاني عن أن يكون جوابا للأول . فيضّر تخلل كلام أجنبي — ولو سيرا — بين الإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا عن المجلس (٢).

والصحيح — والله أعلم — التوسط بين القولين أي أنه لا يشترط القبول على الفور ، فإذا تراخى القبول عن الإيجاب ولم يحصل من العاقلين أو أحدهما ما يدل على إعراضه عن العقد ثم صدر القبول تم العقد ، على ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، فلا يضر تخلل كلام أجنبي يسير بين الإيجاب والقبول إلا إذا دلّ على الإعراض عن العقد ، كما أن طول الفصل بين الإيجاب والقبول يضر العقد وإن لم يتفرقا عن المجلس ، ومآل ذلك إلى العرف . وفي حالة غياب العاقلين فإن مجلس العقد — كما يظهر من نصوص الفقهاء — هو مجلس قبول من وجّه له الكتاب ، أو أرسل له الرسول .

والمعتبر في اتصال القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين الغائبين هو مجلس القبول ، فإذا وصل الإيجاب إلى المخاطب بالكتاب أو الرسول وقبل المخاطب في مجلسه دون إعراض ، انعقد العقد ، أما إذا انقض المجلس أو صدر من العاقد ما يدل على إعراضه عن القبول ، فلا ينعقد العقد ، فلو بعث الموجب رسوله فقال : اذهب إلى فلان فقل له إن فلانا باعك أرضه بكذا ، فذهب فأخبره فقبل ، انعقد البيع ؛ لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما (٣) .

(١) المرغيناني : ٢٥٦/٦ .

(٢) انظر : النووي / روضة الطالبين : ٣٤٢/٣ ؛ القليوبي / حاشية قليوبي على شرح الخلي على المهاج :

١٥٤/٢ ؛ الشربيني / معني المحتاج : ٥/٢ - ٦ .

والمراد بالأجنبي ما ليس من مقتضيات العقد ولا من مصالحه ولا من مستحباته .

(٣) انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥١٢/٤ ؛ ابن القدير : فتح القدير : ٢٥٤/٦ -

٢٥٥ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٣٨/٥ .

الشرط الثالث : بقاء الإيجاب قائما حتى يصدر القبول .

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ^(١) إلى أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل القبول ، سواء أفي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ونحوها ، أم في عقود التبرعات ؛ لأن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب ولاية القبول فله أن يرفعها كعزل الوكيل ، ولأنه لو لم يجز الرجوع للزم تعطيل حق الملك بحق التملك ، ولا يعارض حق التملك حقيقة الملك ^(٢).

وعلى هذا إذا رجع الموجب في إيجابه قبل قبول العاقد الآخر ، فقد سحب الإيجاب وصار كأن لم يكن ، فيعتبر القبول بعد ذلك واردا على غير إيجاب ^(٣). وذهب المالكية ^(٤) إلى أن الموجب إذا رجع عن إيجابه قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أحابه صاحبه بعد بالقبول .

والأولى هو مذهب جمهور الفقهاء ؛ لأنه لا مانع يمنع من رجوعه عن إيجابه ، بل إن الشافعية والحنابلة يرون صحة خيار المجلس وهو يقتضي رجوع الموجب عن إيجابه بعد قبول العاقد الآخر فمن باب أولى يصح رجوعه قبل اتصال القبول به ^(٥).

مبطلات الإيجاب ^(٦) :

مما تقدم ذكره تتلخص مبطلات الإيجاب فيما يلي :

(١) انظر : ابن الممما / فتح القدير : ٢٥٣/٦ - ٢٥٤ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (شرح م : ١٦٧) : ١١٤ ، (شرح م : ٢٨٤) : ١٣٤/١ ؛ الدردير / الشرح الكبير : ٤/٣ ؛ الماوردى / الحاوى الكبير : ١٦/٦ ، ٣٤ ، ٤٨ ؛ البهوتى / كشاف القناع : ١٤٧/٣ - ١٤٨ ، ١٩٨ وما بعدها ، القارى / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٢٦) : ١١٨ .

(٢) انظر : ابن الممما / فتح القدير : ٢٥٤/٦ .

(٣) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٢٧/٤ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٨٤) : ١٣٤/١ .

(٤) انظر : الخطاب / مواهب الجليل : ٢٤٠/٤ - ٢٤١ ؛ القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٣٥٧/٣ .

(٥) انظر تفصيل القول في هذه المسألة ، ص : ٢٥٤ - ٢٦٣ .

(٦) انظر : ابن الممما / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ، ٢٥٤ ؛ البابرى / العناية على الهداية : ٢٥٦/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية : (م : ١٨٢) : ١٣٢/١ ، (م : ١٨٤) : ١٣٤/١ ؛ حيدر / درر الحكم : ١١٤/١ ، ١٣٤ ، ١٤٤ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٤٠/٤ - ٢٤١ ؛ الدردير / الشرح الكبير : ٥/٣ ؛ الشربيني / معني اختاج : ٦/٢ ؛ البهوتى / كشاف القناع : ١٤٨/٣ ، ١٥١ .

- ١- رجوع الملجوب عن إيجابه قبل القبول في المجلس ، على رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة .
- ٢- رفض الإيجاب من الطرف الآخر ، إما صراحة برفض القبول ، أو ضمنا كأن يعرض عنه إما بالقيام من مجلس العقد ، أو بانتهاء مجلس العقد عرفا ، كالحديث بكلام لا صلة له بموضوع العقد .
- ٣- خروج أحد العاقدین عن أهليته قبل القبول بالموت أو بالجنون أو بالإغماء ونحوه ؛ لأن العقد يتوقف على توافر الأهلية ، فإذا فقدت لم ينعقد العقد .
- ٤- هلاك محل العقد قبل القبول يبطل الإيجاب ؛ لعدم وجود المحل ، وكذلك إذا تغيرت صفات المحل .

المطلب الثالث - في بيان الركن الثاني من أركان العقد : محل العقد .

تقدم في المطلب السابق بيان الركن الأول من أركان العقد وهو الصيغة ، وفي هذا المطلب أتناول بالبحث الركن الثاني من أركان العقد وهو محل التعاقد ، وذلك بذكر تعريفه وشروطه كما يلي :

الفرع الأول . تعريف محل العقد :

المراد بمحل العقد — الملقود عليه — ما وقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه وأثاره . وقد يكون عينا مالية كالمبيع والمرهون والموهوب ، وقد يكون عينا غير مالية ، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور ، وكمنفعة الشخص في إجارة الأعمال^(١).

(١) وهل الثمن محل البيع كالمبيع ؟ مذهب الحنفية أن المبيع ركن العقد لأنه محل إضافة الصيغة إليه ، والثمن حكم العقد لأنه غير داخل في حقيقة العقد ، بل هو حكم العقد وموجبه كما أن الموهوب ركن الهبة والشواب حكمها وموجبها . وإنما يجب تسليمه تحقيقا للمساواة بين العوضين .

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة أن موجب عقود المعاوضات التسوية بين العوض والم عوض ذاتا ووصفا وحكما . أما ذاتا : فبأن يكون كل منهما مالا . وأما وصفا : فبأن يكون كل واحد منهما جائزا أن يكون حالا وموجلا ، ودنيا وعينا . وأما حكما : فبأن يكون كل واحد منهما ركنا مقصودا بالعقد .

انظر : التفنازي / التلويح على التوضيح : ٢٢٠/١ ؛ البخاري / التوضيح على التقيح : ٢٢٠/١ ؛ البخاري / كشف الأسرار : ٥٤٧/١ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٠١/٤ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٥٠) : ١٠٦/١ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٥٨/٤ =

الفرض الثاني . شروط محل العقد :

محل العقد في الفقه الإسلامي — مالياً كان أو غير مالياً — شروط لا ينعقد بدونها ،
يمكن إجمالها بصفة عامة كما يلي ، مع مراعاة الاختلاف في التفاصيل :

أولاً . أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً ^(١) .

يشترط في محل العقد أن يكون قابلاً للتعاقد شرعاً ، بمعنى ألا يكون التصرف فيه مخالفاً للشرع ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء بصفة عامة مع الاختلاف في التفاصيل .
جاء في بداية المجتهد في معرض الحديث عن الإجارة : " فأما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه ، وقد تقدم ذلك في كتاب البيوع . وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه ، وفي كل ذلك مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ، فمما اجتمعوا على إبطال إجارته : كل منفعة كانت لشيء محرم العين ، كذلك كل منفعة كانت مُحَرَّمَةً بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها " ^(٢) .

وجاء في الأشباه والنظائر : كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل .
فلذلك لم يصح بيع الحر ، ولا نكاح المحرم ، ولا المحرم ، ولا الإجارة على عمل مُحَرَّم ^(٣) .
وعلى هذا فإن لم يكن المحل قابلاً للتعاقد شرعاً ، لم يصح أن يرد عليه العقد ومن ثم يكون العقد باطلاً . وهو في كل عقد بحسبه .

ففي عقود المعاوضات المالية على سبيل المثال يتوفر هذا الشرط في محل العقد كقاعدة

- الزنجاني / تجميع الفروع على الأصول : ١٩٧ - ٢٠٢ (وفيه ما يتفرع على هذا الخلاف من مسائل)

؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٢١) : ١١٧ .

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٦١) : ١ / ٣٢٤ .

(٢) ابن رشد : ١٦٦ / ٢ .

(٣) السيوطي (يتصرف يسير بالخذف) : ٢٨٥ .

عامة إذا كان مالا ^(١) متقوما مملوكا لم يتعلق به حق لازم .

فلا يجوز التعامل في الأموال غير المتقومة في عرف الشرع ، وبناء على ذلك فقد قرر الفقهاء عدم جواز التعامل في صور ، منها :

١- إذا كان محل العقد حرًا ، لأن الحر ليس بمال فلا يجوز بيعه ولا رهنه ولا التعامل في عضو من أعضائه ^(٢).

هذا وينبغي التنبيه إلى أنه وقع الخلاف بين الفقهاء في جواز بيع لبن الحرة وشعر آدمي على قولين : فذهب الحنفية ، وجماعة من فقهاء الحنابلة ، إلى عدم جواز ذلك ؛ لأنه ليس بمال فلا يجوز التعامل به

وذهب الإمام الشافعي ، والإمام مالك ، وجماعة من فقهاء الحنابلة ، إلى جواز ذلك ؛ لأن اللبن والشعر طاهر منتفع به فيجوز التعامل به ^(٣).

^(١) المال عند الحنفية هو : " ما يحل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة " والتقيد بإمكان الادخار هو لإخراج المنفعة لأنها عند فقهاء الحنفية من قبيل الملك لا المال . وكما يفرحون المنافع من معنى المالية ، يفرحون أيضا الحقوق المحضة كحق التعلي ، وحق الأخذ بالشفعة ، وحق المرور ، والشرب والمسئيل . بل إنهم لا يعتبرون الدين في الذمم أمرا لا لأنها ما دامت في الذمم فهي أوصاف شاعلة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقة وإنما يقبض ما يعادها . وإذا وفيت الدين كان المقبوض مالا لصاحبه ، ولذا فإنهم لا يوجبون الزكاة في الدين قبل قبضها . أما عند جمهور الفقهاء فالمال أوسع نطاقا إذ أنه يشمل كل ما فيه نفع ، وما لا نفع فيه فليس بمال . [ابن عابدين / رد المختار على الدر المختار : ٥٠١/٤ . وانظر : ابن عابدين / رد مختار على الدر المختار : ٥٠١/٤ ، ٥٠٢ ، ٥٠٥ ، ٥١ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٧٧/٥ ؛ ابن عابدين / منحة الخالق على البحر الرائق : ٢٧٧/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٢٥) : ١٠٠/١ ، (م : ١٢٦) : ١٠٠/١ ؛ حيدر / درر الحكام شرح مجلة الأحكام (شرح م : ١٢٦) : ١٠٠/١ ؛ التفاتاني / التلويح على التوضيح : ١٧١/١ ؛ الشاطبي / الموافقات : ١٤/٢ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٢٢٢/٣ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣٢٧ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٥٢/٣ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٨٢) : ١١٠ ؛ المدخل الفقهي العام : ١١٧/٣ - ١١٧] .

^(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ٢١٠) : ١٥٩/١ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤٠/٥ ؛ ابن عابدين / رد مختار على الدر المختار : ٥٠٥/٤ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦١/١ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٦٣/٤ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٠٧/٤ .

^(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤٥/٥ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٦٥/٤ ؛ النووي / المجموع : ٢٥٤/٩ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٥٥/٣ ؛ المرادوي / الإنصاف : ٢٧٧/٤ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٤٢/٢ .

٢- إذا كان محل العقد نجساً ، كالميتة والدم والخمر والخنزير ، ويلحق بذلك المُنْتَجَس الذي لا يمكن تطهيره ، كالمناجعات المختلطة بالنجاسات^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء وإن اتفقوا على منع التعامل في النجاسات ؛ لعدم ماليتها ، إلا أنهم اختلفوا في التطبيقات والفروع ، وذلك نظراً لاختلافهم في نجاسة ذلك الشيء ، فمن يرى نجاسته منع التعامل به ، ومن يرى عدمها جَوَزَ التعامل به .

٣- إذا كان محل العقد غير منتفع به ، سواء أكان مما لا ينتفع به في الواقع بأوجه النفع التي تقصد عادة من الشيء ، كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاستخدام وغير ذلك ، أم كان مما فيه نفع لا يميزه الشرع^(٢) كآلات اللهو من المزمار والطبل وغيرها^(٣).

وتجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أن اختلاف الفقهاء في التطبيقات والفروع ناتج عن اختلافهم في نظرهم إلى محل العقد هل هو مما ينتفع به فيجوز التعامل به أم لا ؟ فمن يرى أنه مما ينتفع به جَوَزَ التعامل به وأخذ العوض عنه ، ومن يرى أنه مما لا يجوز التعامل به منع التعامل به .

كما لا بد أن يكون محل العقد مملوكاً ، فلا يجوز التعامل فيما يقبل الملك قبل تملكه ، كالطير في الهواء والسلم في الماء ، ولا فيما لا يقبل الملك من الأموال العامة أو المشتركة ، كالمراعي والطرق والأسواق وغيرها^(٤).

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤١/٥ ؛ ابن القيم / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٢١١) : ١٦٠/١ ، (م : ٣٦٣) : ٣٢٦/١ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ١٠/٣ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٦١، ٢٥٩/٤ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ١٦٣ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٤٩ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦١/١ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٦٧) : ١٣١ ، (م : ٢٧٨ ، ٢٧٧) : ١٣٥ .

(٢) وفقاً للقاعدة الفقهية : للمعوم شرعاً كالمعوم حساً . [انظر : الرنثريسي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ق : ٢) : ١٣٨] .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤٤/٥ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٦٣/٤ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦١/١ ؛ النووي / المجموع : ٢٣٩/٩ - ٢٤٠ ، ٢٥٦ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٥٢/٣ - ٣٥٤ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٤٩ ؛ الشربيني / مغني اختصاج : ١١/٢ - ١٢ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦١/١ ؛ المرادوي / الإنصاف : ٢٧٠/٤ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٧٩) : ١٣٦ .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤٦/٥ - ١٤٧ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٦٥) : ٣٢٨/١ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦٢/١ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٥٧/٣ - ١٥٨ ؛ المرادوي / الإنصاف : ٢٩٣/٤ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٦٨) : ١٣١ ، (م : ٢٨١) : ١٣٦ ، (م : ٥٧٠) : ٢١٩ .

وأخيرا فإنه لا بد ألا يتعلق بمحل العقد حق لازم ، سواء أكان حقا لله تعالى أم حقا لآدمي^(١).

وكقاعدة عامة فإنه يتمتع التعامل في المحل إذا كان التعامل فيه يفوت حقا لله ، كالمساجد والبيوت الحرام ، فإن التعامل فيها يفوت حقا لله تعالى لذا يقرر الفقهاء عدم جواز ذلك . فحق الله تعالى لا يجوز التنازل عنه ولا الإبراء منه ولا التصالح عليه ولا الاتفاق على ما يخالفه أو يفوته^(٢) .

وكذا إذا تعلق بمحل العقد حق لآدمي فإنه يمنع التعامل به بما يفوت هذا الحق ، كالمرهون بعد قبضه لتعلق حق المرهن به ، وكذا الموقوف لتعلق حق الموقوف عليه به^(٣) .

ثانيا . أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد :

اتفق الحنفية والشافعية على أن محل العقد يجب أن يكون موجودا عند التعاقد على الصفة التي تم عليها التعاقد ، سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أم عقود التبرعات . ويستثنى من إطلاق هذا الشرط الذي جعلوه قاعدة عامة بعض العقود ، فأجازوها مع عدم وجود المحل حين التعاقد ، استحسانا لتعارف الناس عليها واحتجهم لها ، وإقرار الشرع صحتها ، كالسلم مع عدم وجود المسلم فيه ، والاستصناع مع عدم وجود العمل ، والإجارة مع عدم وجود المنفعة والمساقاة وغيرها^(٤) .

ويرى المالكية وجوب تحقق هذا الشرط في المعاوضات المالية ، أما في عقود التبرعات كالهبة والوقف والرهن ، فلا يشترط أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد ويكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل ، فيجوز هبة المجهول والمعلوم المتوقع الوجود بلا خلاف عندهم^(٥) .

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٦٥) : ١ / ٣٢٨ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٤٩ .

(٢) انظر : الخطاب / مواهب الجليل : ٤ / ٢٦٣ .

(٣) انظر : المراق / التاج والإكليل : ٤ / ٢٦٨ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٤ / ٢٦٩ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٤٩ .

(٤) انظر : الكاساني / بذائع الصنائع : ٥ / ١٣٨ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٦٣) : ١ / ٣٢٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٤٩ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ٢ / ١٢٢-١٢٣ .

(٥) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ٢ / ٢٤٧ ؛ القرافي / الفروق (ف : ٢٤) : ١ / ١٥٠ - ١٥١ ؛ المكسي / تذيب الفروق (هامش الفروق) : ١ / ١٧٠ - ١٧١ ؛ ابن جزى / القوانين الفقهية : ٢٤١ ، ٢٤٣ .

و لم يشترط الخنابلة أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد ، واكتفوا بمنع بيع الغرر المنهي عنه ، كبيع الحمل في بطن أمه ، وبيع اللبن في الضرع . وأجازوا ما عدا ذلك . فيجوز بيع المعلوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة ، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة ؛ لأنه لم يرد النهي عن بيع المعلوم بل المنهي عنه بالنص هو بيع الغرر سواء أكان موجود أم معلوم ، فالعلة في المنع هي الغرر لا العلم^(١) .

ثالثا - القدرة على تسليم محل العقد :

اتفق الفقهاء على أن القدرة على تسليم محل العقد وقت إبرام العقد شرط لانعقاده ، لأن العقد لا يتعقد إلا لفائدة ولا تتحقق الفائدة إذا لم يتمكن العاقد من تسليم المعقود عليه حال العقد^(٢) .

واستثنى الإمام مالك من عموم هذا الشرط عقود التبرعات ، فأجاز فيها أن يكون محل العقد غير مقلورا على تسليمه . فيصح عنده هبة الحيوان الفار وإعارته والوصية به . ووجه هذا القول أن المتبرع بحسن ، والمتبرع له لا يلحقه ضرر بعدم التنفيذ لعدم المقابل ، فلا يكون هناك ما يؤدي للخصام بخلاف المعاوضات المالية^(٣) .

رابعا - العلم بمحل العقد :

القاعدة العامة عند الفقهاء في عقود المعاوضات المالية المحضة ، كالبيع مبيعا ومثمنا ، والإجارة منفعة وعملا وأجرة : أن محل العقد يجب أن يكون معيَّنًا وقت التعاقد وإلا كان العقد باطلا ، وتعيين المحل يكون بالعلم به علما يمنع الجهالة الفاحشة التي تقضي إلى

(١) انظر : البهوتي / كشف القناع : ١٦٣/٣ وما بعدها ؛ ابن القيم / إعلام الموقعين : ٨-٧/٢ ؛ الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته : ١٧٤/٤ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٨٧/٤ ، ١٤٧/٥ ، ١١٩/٦ ؛ ابن الممام / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م) : ١٩٨ ؛ ١٥٢/١ ؛ (م) : ٢٠٩ ؛ ١٥٨ ؛ (م) : ٣٦٣ ؛ ٣٢٦/١ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ١١/٣ ؛ المواق / التاج والإكليل : ٢٦٨/٤ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦٣/١ ؛ مغني المحتاج : ١٢/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٦٢/٣ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشريعة (م) : ٢٧٣ ؛ ١٣٢ ؛ (م) : ٥٧١ ؛ ٢١٩ .

(٣) انظر : التراقي / الفروق (ف) : ٢٤ ؛ ١٥١/١ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ٢٤١ ؛ ابن رشد / بدايه الاجتهاد : ٢٤٧/٢ .

للمنازعة ، وذلك يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجودا ، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، أو بوصفه ببيان جنسه ونوعه ومقداره ^(١) .

أما تحقق هذا الشرط في غيرها من العقود فمحل خلاف بين الفقهاء ، وخلاصة القول فيه كما يلي :

يرى الحنفية وجوب تحقق هذا الشرط في المعاوضات المالية وغير المالية ، أما عقود التبرعات كالوصية والكفالة ، فيصح التبرع مع جهالة المحل ، فلو أوصى شخص بجزء من ماله جاز ، ويكون البيان متروكا للورثة . ولو قال الكفيل : أنا ضامن ما على فلان من مال جاز ^(٢) .

أما للمالكية فلم يشترطوا هذا الشرط في عقود المعاوضات غير المالية ، كالنكاح ، فأجازوا فيه الغرر القليل دون الكثير ؛ لتوسطه في الشبه بين المعاوضات المالية والتبرعات . وأيضاً لم يشترطوا هذا الشرط في عقود التبرعات ، كالصدقة والهبة ، فأجازوا التبرع بالجهول في الجنس والقدر ؛ لأنها إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال ، فإن فاتت على من أحسن إليه به لم يتضرر لأنه لم ييذل شيئاً ، فاقتضت حكمة الشرع وحته على الإحسان التوسع فيه بكل طريق بالعلوم والجهول ^(٣) ، كوهبتك ما في يدي إن حصل القبول . وأما الشافعية فلا بد من تحقق هذا الشرط في عقود المعاوضات المالية وفي غير المالية كعقد النكاح ، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف ^(٤) .

وأما الحنابلة فلهم في ذلك تفصيل : فعقود التمليكات المحضة كالبيع والصلح بمعناه ، وعقود التوثيق كالرهن والكفالة ، والتبرعات اللازمة بالعقد أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة ، فيشترط فيها العلم بمحل العقد ، فلا تصح في مبهم من أعيان متفاوتة ، كشاة من

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع ١٧٩/٤ - ١٨٠ ، ١٥٦/٥ ، ١٥٨ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م) : ٢٠٠ ؛ ١٥٢/١ ؛ الخطاب / مواهب الجليل ٢٧٦/٤ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد ٤٠٣/٢ ؛ البهري / كشف القناع ١٦٣/٣ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ٢٦٩ ؛ ١٣٢ .

(٢) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار ٢٨٣/٥ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع ٣/٦ .

(٣) انظر : ابن جزى / القوانين الفقهية : ٢٤١ ؛ ابن رشد / بداية الجتهاد ٢٤٧/٢ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه ٢٩٠/٢ ؛ القراني / الفروق (ف : ٢٤) : ١٥٠/١ - ١٥١ ؛ المكي / قديم الفروق (مهامش الفروق) : ١٧٠/١ - ١٧١ .

(٤) انظر : الزركشي / المنثور في القواعد ٤٠٠/٢ - ٤٠١ ، ٤٠٣ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٣ ؛ الشرازي / المهذب : ٢٦٣/١ - ٢٦٦ .

قطيع ، وكفالة أحد هذين الرجلين ، وضمان أحد هذين الدينين ، وتصح في مبهم من أعيان متساوية مختلطة .

وأما عقود المعاوضات غير المتمحضة كالصدقات وعوض الخلع والصلح عن دم العمدة ، ففي صحتها على مبهم من أعيان مختلفة وجهان ، أحدهما الصحة .

وأما عقود التبرعات كالوصية والإعارة ، فتصح في المبهم ، وكذلك عقود المشلوكات والأمانات المحضة ، مثل أن يقول : ضارب من هذه المائة بخمسين . فأما إن كان الإهمام في التملك فإن كان على وجه يؤول إلى العلم كقوله : أعطوا أحد هذين كذا صحت الوصية ، وإن كان على وجه لا يؤول للعلم كالوصية لأحد هذين ففيه روايتان وعلى الصحة بميز بالقرعة .

وهذه الشروط الثلاثة يجمعها أصل واحد هو : انتفاء الغرر والجهالة ^(١) .
يقول ابن رشد ^(٢) : " والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه " ^(٣) .

المطلب الرابع — في بيان الركن الثالث من أركان العقد : العاقدان .

يتطلب العقد لوجوده ونفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء ، وإذا ولاية على العقد ؛ فالعاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه ، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره .

(١) انظر : القواعد النورانية (فصل القاعدة الثانية في المعاهد حلالها وحرامها) : ٨١ — ٨٢ .

(٢) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي القرطبي ، الشهير بابن رشد الحفيد (٥١٤ — ٥٩٥هـ) : أبو الوليد ، فقيه مالكي ، فيلسوف ، طبيب ، من أهل قرطبة بالأندلس . يُلقب بالحفيد تميزاً له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد "الجَد" .

من تصانيفه : (فلسفة ابن رشد) وتسميته حديثه وهو مشتمل على بعض مصنفاته ، و(التحصيل) في اختلاف مذاهب العلماء ، و(فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال) ، و(تأفات التهافت) في السرد على الغزالي ، و(بداية المجتهد ونهاية المقتصد) ، و(تلخيص كتب أرسطو) ، ورسالة في (حركة الفلك) .

[انظر : ابن فرحون / البدايات المنهبة : (٢٥٧-٢٥٩) ؛ ابن العماد / شذرات الذهب : ٣٢٠/٤ ؛ الزركلي / الأعلام : (٣١٨/٥) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٣١٣/٨)]

(٣) بداية المجتهد : ١٢٩/٢ .

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٦١) : يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من أهله أي العاقل المميز وإضافته إلى محل قابل لحكمه^(١).

وفي (م : ٣٦٥) : يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيله للمالكة أو وصيه وأن لا يكون في المبيع حق آخر^(٢).

وعلى هذا فليس كل واحد صالحا لإبرام العقود ، فبعض الناس لا يصلح لإنشاء أي عقد ، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود ، والبعض الآخر صالح لكل عقد . ومرد ذلك كله إلى أهلية الإنسان الذي يصدر منه التصرف أو عدم أهليته ، وإلى ولايته عن غيره أو عدم ولايته . ولهذا يجب الكلام عن كل من الأهلية والولاية بإيجاز^(٣) ، كما يلي :

الفرع الأول . الأهلية :

الأهلية لغة : معناها : الصلاحية للشيء^(٤).

وهي قسمان :

الأول : أهلية وجوب ، وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله ، أو عليه كالتزامه بثمن المبيع^(٥) .

ومناطها : الحياة ، فثبت لكل إنسان حي وتستمر له مادام حيا وتزول بموته ، وهي بناء على قيام الذمة^(٦) ، أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود الذمة ، فالذمة لازمة لأهلية الوجوب وليست عينها^(٧) .

(١) ٣٢٤/١ .

وانظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧٦/٤ — ١٧٧ ، ١٣٥/٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ الشربيني / مفتيحتاج : ١٥/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٥١/٣ ، ١٥٧ — ١٥٨ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٣٧) : ١٢٢ ، (م : ٥٦٨ ، ٥٧٠) : ٢١٩ .

(٢) ٣٢٨/١ .

(٣) أما تفصيل أحكام الأهلية والولاية فمترك لكب الفقه والأصول .

(٤) انظر : (م : أهل) : أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٣٢/١ .

(٥) انظر : ابن نجيم / فتح الغفار بشرح المنار : ٨٠/٣ ؛ التفتازاني / التلويح على التوضيح : ١٦١/٢ .

(٦) الذمة لغة : بمعنى العهد ، وتفسر أيضا بالأمان والضمان ، وسمي للمعاهد ذميا نسبة إلى الذمة بمعنى العهد .

الذمة اصطلاحا : " وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وعليه " . [البخاري / التوضيح على التنقيح :

١٦١/٢ ؛ التفتازاني / التلويح على التوضيح : ١٦٢/٢ . وانظر : البخاري / كشف الأسرار : ٣٩٤/٤ ؛

القرائي / الفروق (ف : ٨٣) : ٢٣١] .

(٧) انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٣٩٤/٤ ؛ ابن نجيم / فتح الغفار : ٨٠/٣ .

وهذا النوع من الأهلية نوعان : ناقصة وكاملة .

فأهلية الوجوب الناقصة هي : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط . أما أهلية الوجوب الكاملة فهي : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له والالتزام بالواجبات .

فالجنين تثبت له أهلية وجوب ناقصة ، فتثبت له بعض الحقوق كالميراث من غيره ، والوصية له ، والوقف عليه ، دون أن تثبت عليه ، وبعد الولادة تثبت له أهلية وجوب كاملة ، فيصير أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه ، ويكون له ولي أو وصي يقوم مقامه في إدارة شؤونه وفق حدود شرعية ليس من موضوعنا ببيانها .

ولأهلية الوجوب عنصران : أحدهما : الإلزام ، وهو يُؤهل الإنسان لثبوت الحقوق له دون أن تثبت عليه .

الثاني : الالتزام ، أي صلاحية الإنسان للالتزام ، وهو قابليته لثبوت الحقوق عليه ^(١) .

وهذا القسم من الأهلية ليس له أثر في إنشاء العقود ، إنما الأثر لأهلية الأداء .

القسم الثاني : أهلية أداء ، وهي صلاحية الإنسان لصدور الأقوال والأفعال منه على الوجه المعتبر شرعاً ^(٢) .

وتسمى أهلية المعاملة ، وأهلية التصرف . وأهلية الأداء لا تثبت للشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب ، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء ، فالعلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق .

وهذا النوع من الأهلية هو الذي تتوقف عليه التصرفات بكافة أنواعها القولية والفعلية ، وسواء كانت تلك التصرفات حقاً من حقوق الله كالصلاة والزكاة والصوم والحج ، أم من حقوق العباد كالبيع والإجارة والنكاح .

وأهلية الأداء نوعان : إما كاملة ، وإما ناقصة تبعاً لما يكون عليه الإنسان في أطوار حياته ، أي طور الطفولة ، وطور التمييز ، وطور الرشد .

فأهلية الأداء الناقصة هي : صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر ، وتثبت للصبي المميز ومن في حكمه كالمعتوه .

وأهلية الأداء الكاملة هي : صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه الوجه المعتبر شرعاً ، وتثبت للبالغ الرشيد .

(١) انظر : القرائي / الفروق (ف : ٨٣) : ٢٣١/٣ ، المكي / تهذيب الفروق (ف : ٨٣) : ٢٣٧/٣ .

(٢) انظر : التفنازي / التلويح على التوضيح : ١٦١/٢ .

ومناط أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز ، فللإنسان في كل طور من أطوار حياته ، ولكل حالة من حالاته من صحة ومرض أحكام — بالنسبة لتصرفاته — تختلف عن الأحكام في الأطوار والحالات الأخرى ، اختلافا يرجع إلى ما يكون له من عقل يدرك به ما يقدم عليه من قول أو فعل ^(١) .

وعلى سبيل المثال أتناول بيان حكم تصرفات الإنسان في طور التمييز ومن في حكمه كالمعتوه من غير حقوق الله تعالى ، فتصرفات الصبي المميز ومن في حكمه كالمعتوه على ثلاثة أقسام ^(٢) :

الأول : العقود والتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء من ملكه بلا مقابل ، تصح وتنفذ متى قام بها دون حاجة إلى إجازة ^(٣) وليسه ، مثل قبول الهدية والوصية والهبة .

الثاني : ما كان ضرراً محضاً لا نفع فيه بحال ، وهي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه بلا مقابل ، فلا تصح ولا تنفذ ولو أجازها وليه ، مثل طلاق امرأته وكفالاته بالدين والنفس وتبرعه على أي وجه كالهبة والوقف والقرض ، والوصية عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في الأظهر والحنابلة خلافاً للمالكية القائلين بصحة وصية الصبي المميز إذا عقل القربة ^(٤) .

الثالث : ما كان متردداً بين النفع والضرر ، وهي التصرفات التي تحتل الربح والخسارة ، مثل عقود البيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة والشركة والنكاح .

(١) انظر : ابن نجيم / فتح الغفار : ٨٢/٣ ؛ البخاري / كشف الأسرار : ٤١١/٤ — ٤١٢ .

(٢) انظر : ابن نجيم / فتح الغفار : ٨٣/٣ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٢٥٦/٢ — ٢٥٨ ؛ البخاري / كشف الأسرار : ٤١٩/٤ — ٤٣٣ ؛ القرافي / الفروق (الفرق : ٨٣) : ٢٢٧ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٤٥/٣ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٥١/٣ .

(٣) الإجازة لغة هي : الإنفاذ ، يقال أجاز الشيء إذا أنفذه ، وجاز العقد وغيره نفذ ومضى على الصحة ، وأجزرت العقد جعلته جائزاً نافذاً . [انظر (م : جوز) : الفيومي / المصباح المير : ٤٤] . ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنى اللغوي . يقول الشيخ الزرقا معرّفاً الإجازة بأنها : " إرادة منفردة بغيرها الإنسان وتمضي تصرفاً قائماً جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض " . [المدخل الفقهي العام : ٦٦٥/٢] .

(٤) انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٤٢٨/٤ — ٤٢٩ ؛ ابن نجيم / فتح الغفار بشرح المنار : ٨٣/٣ — ٨٤ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ٢٥٠/٢ ؛ ابن جزى / القوانين الفقهية : ٢٦٦ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٤٥/٣ ، ٩٧/٦ ؛ جواهر العقود : ٤٤٢/١ ؛ ابن قدامة / الكافي : ٤٧٨/٢ .

فهذه التصرفات اختلف الفقهاء فيها : فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين إلى أن هذه التصرفات تنشأ صحيحة من الصبي المميز ، إلا أنها موقوفة على إذن وليه وإجازته ، فتبطل بدونها .

وذهب الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة وهي المذهب ، إلى عدم صحة تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر ، فإذا وقعت من الصبي المميز كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر ^(١) .

عوارض ^(٢) الأهلية :

أهلية الوجوب متى ثبتت كاملة للإنسان بولادته حيا تظل كذلك طوال حياته ، وتلازمه في عامة أحواله .

وعلى هذا فإن عوارض الأهلية لا تصيب إلا أهلية الأداء فقط ^(٣) فمنها ما يزيلها تماما كالنوم والجنون والإغماء ، ومنها ما ينال منها بالنقص كالعته والرق ، ومنها ما لا يزيلها ولا ينقصها ولكن ينال بالتغيير بعض الأحكام تبعاً لما أصابها من خلل ، كالسفه والدين والسكر .

ثم منها ما هو سماوي من الله لا دخل للمرء فيها ، كالعته والجنون . ومنها ما هو مكتسب كالسفه والسكر والدين .

(١) انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ١٧٣/٦ ؛ الحرخي / الحرخي على مختصر خليل ٢٩٢/٥ ؛ النوري / روضة الطالين : ٣٤٤/٣ - ٣٤٥ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٥١/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرخي : ٣٢١/٤ ، ٥٦٨ .

(٢) العوارض جمع عارض : أي أمر عارض ، أو جمع عارضة : أي حصة عارضة أو آفة عارضة ، مأخوذ من عرض كذا إذا ظهر له أمر يصده عن الماضي على ما كان عليه ، وفعلها عرض من باب ضرب ، يقال اعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه ، واعتراض الشيء صار عارضاً كالحشيشة المعترضة في النهر ، وعرضه عارض من الخمي ونحوها .

وهي عند الأصوليين : ما يزيل الأهلية بنوعها أو أحدها أو يوجب تغييراً في بعض أحكامها . ومعنى كونها عوارض ، أنها ليست من الصفات الذاتية ، كما يقال البياض من عوارض التلج ، ولو أريد بالعروض الطريان والحدوث بعد عدم ، لم يصح في الصغر إلا على سبيل التغليب . [انظر : (م : عرض) : الرازي / مختار الصحاح : ١٧٨ - ١٧٩ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٥٣ ؛ التفنازي / التلويح على التوضيح : ١٦٧/٢] .

(٣) خلافاً لما ذكره صاحب التلويح من أن الكلام في عوارض الأهلية يشمل أهلية الوجوب وأهلية الأداء معا .

أما تفصيل القول في هذه العوارض وأثرها على الأهلية فلا مجال لتفصيله في هذا البحث فليُنظر في مظانه ^(١).

الفرع الثاني - الولاية :

الولاية لغة : يقال ولَّى الشيء وولَّى عليه ولاية وولاية بفتح الواو وكسرهما ، أي قام عليه ، كما يقال : أوليته الأمر ووليته عليه ، أي ملكته إياه ، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته ، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليه ولا يدعها تستبد به ^(٢).

اصطلاحاً : لا يبعد معناها الشرعي عن المعنى اللغوي ، فالمراد بالولاية اصطلاحاً : أن يكون للعائد سلطة شرعية لإنشاء العقود والتصرفات من غير توقف على إجازة أحد حتى تترتب عليها آثارها الشرعية ، بأن يكون أصيلاً عن نفسه أو ولياً أو وصياً على غيره ^(٣).

والولاية شرط لنفاذ العقد وترتب الآثار الشرعية عليه عند الحنفية والمالكية ، وهي شرط الانعقاد عند الشافعية والحنابلة ، وهي لا تثبت إلا لكامل أهلية الأداء . أما ناقص أهلية الأداء فلا ولاية له على نفسه ولا على غيره ^(٤).

والولاية نيابة عن الغير نوعان :

أحدهما : اختيارية تثبت بتولية المالك ، وهي الوكالة ، فالوكيل عن الشخص التام الأهلية إذا وكل إليه القيام ببعض العقود فهو إما يتصرف نائباً عنه .

(١) انظر : البخاري / التوضيح للتقيح : ١٦٧ - ٢٠٢ ؛ التفتازاني / التلويح على التوضيح : ١٦٧/٢ - ٢٠٢ ؛ ابن نجيم / فتح الغفار : ٨٤/٣ - ١٢٣ ؛ أمر بادشاه / تيسير التحرير : ٢٠٨/٢ - ٣١٥ ؛ البخاري / كشف الأسرار : ٤٣٥/٤ - ٦٦٦ .

وانظر في هذا الموضوع بحث : الجبوري / عوارض الأهلية عند الأصوليين .

(٢) انظر (م : ولي) : القموزي آباي / القاموس المحيط : ٤٠١/٤ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٣٠٦ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ١٠٥٨/٢ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٤٠٦/١٥ - ٤٠٧ .

(٣) انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥٥/٣ ؛ الجرجاني / التعريفات : ٣٢٩ ؛ موسى / الأموال ونظرية العقد : ٣٤٨ ؛ الحنف / أحكام المعاملات الشرعية : ٢٥٨ .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧٧/٤ ، ١٣٥/٥ ، ١٤٨ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٠٥/٤ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ١٦٣ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٩/٢ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ١٥/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٩٦/٤ .

الثاني : إجبارية ، كولاية الأب أو الجد أو القاضي أو الوصي على القاصر ، فكل من هؤلاء يتصرف نائباً عمن تحت ولايته مستمداً سلطته من الشارع ^(١).

وهذا النوع من الولاية قد يكون على النفس ، وقد يكون على المال .

فالولاية على النفس : هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية ، كالنزويج والتعليم والتأديب ونحو ذلك .

والولاية على المال : هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال ^(٢).

وفي ذلك تفصيل من حيث تصرف الوكيل والولي والفضولي ^(٣) ، وينظر ذلك في أبوابه .

وخلاصة القول أن العقد بين الأهلية والولاية له ثلاث حالات ^(٤) :

الأولى : أن يصدر العقد من كامل الأهلية وله ولاية عقده ، فيصح وينفذ ، إلا إذا كان فيه ضرر بآخر ، فلمن لحقه الضرر بإجازة العقد أو الاعتراض عليه فيصير موقوفاً ، كالمستأجر إذا بيعت العين قبل انتهاء مدة الإجارة ، فإن أجازته نفذ وإلا توقف نفاذه حتى تنتهي مدة الإجارة ، وكذا المرحن إذا بيعت العين قبل أداء الدين فإن أجازته نفذ وإلا توقف نفاذه حتى يؤدي البائع الدين الذي عليه للمرحن .

الثانية : أن يصدر العقد ممن ليست له أهلية أداء مطلقاً ولا ولاية ، فيكون باطلاً ، كعقد المجنون والصبي غير المميز ، فإذا كان العاقد ناقص الأهلية كالصبي المميز ، فيصح بعض تصرفاته ويبطل بعضها ويتوقف بعضها على الإجازة على التفصيل السابق .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٥٢/٥ ؛ ابن عابدين / حاشية رد مختار على الدر المختار : ٥٠٥/٤ ؛ ابن اقسام / فتح القدير : ٢٤٨/٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ١٥٤ - ١٥٥ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (٦٩ : ١١٧) .

(٢) انظر : ابن نجيم : الأشباه والنظائر : ١٦٠ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ١٥٤ - ١٥٥ ؛ الشيرازي / المهذب : ٤٠/٢ .

(٣) الفضولي لغة هو : المشتغل بما لا يعنيه . ولا يبعد معناه الاصطلاحي عن هذا ، فالمراد به : المتصرف في شؤون غيره بلا إذن شرعي ممن يحتاج إلى إذنه ، كمن يبيع أو يشتري ملك الغير بلا إذن أو ولاية . [انظر : (م : فضل : الفيومي / المصباح المنير : ١٨١ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٢) : ٩٥/١ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٩/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير : ١٢/٣ ؛ مغني المحتاج : ١٥/٢ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٤٠٤] .

(٤) انظر : موسى / الأموال ونظرية العقد : ٣٥١ .

الثالثة : أن يصدر العقد ممن له أهلية أداء كاملة ، ولكن ليست له ولاية عقده باسم من عقد له ، كعقد الفضولي ، فالراجح أنه يتوقف على إجازة من عقد له ^(١) .

(١) انظر من هذا البحث ، ص: ١٦٩ .

المبحث الثاني - في شروط (١) العقد ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الشروط العامة .

الشروط العامة لانعقاد العقد هي التي يجب توفرها في كل عقد ، وهذه الشروط بعضها يرجع إلى الصيغة وبعضها يرجع إلى محل العقد وبعضها يرجع إلى العاقد ، وهي :

١- موافقة القبول للإيجاب .

٢- اتصال القبول بالإيجاب . وصدورها في مجلس العقد .

٣- بقاء الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول .

٤- أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً .

٥- أن يكون محل العقد موجوداً عند التعاقد .

٦- القدرة على تسليم محل العقد .

٧- العلم بمحل العقد .

٨- أهلية العاقدین .

وقد تقدم بيان هذه الشروط من خلال المبحث السابق .

وأخيراً فإنه لا بد أن يستوفي العقد شروط انعقاده الخاصة .

المطلب الثاني : الشروط الخاصة .

الشروط الخاصة لانعقاد العقد هي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها ، كاشتراط الشهود لصحة عقد النكاح عند من يرى ذلك ، فلا ينقذ النكاح إلا بوجود شاهدين ، وإلا كان باطلاً (٢) . وكاشتراط التسليم في العقود العينية ، وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوزات والتعليكات ؛ لأن التعليق يبطلها . وكمعرفة الأجل (٣) في بعض

(١) المقصود بالشروط هنا الشروط الشرعية . انظر من هذا البحث ، ص : ٥-٦ ، ش : ٤ .

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ٦ ، ش : ١ .

(٣) أجل الشيء لغة : مدته ووقته الذي يحل فيه . [انظر (م : أجل) : الفيومي / المصباح المنير : ٢] .

واصطلاحاً : المدة للمستقبل التي يضاف إليها أمر من الأمور ، سواء أكانت هذه الاضافة أحلاً للوفاء بالتزام ، أم أجل لإلغاء التزام ، وسواء أكانت هذه المدة مقررة بالشرع ، أم بالقضاء ، أو بإرادة الملتزم فرداً أو أكثر . وهذا التعريف مستخلص باستقراء استعمالات الفقهاء في المراجع . [الموسوعة الفقهية (أجل) : ٥/٢] .

العقود ، كالبيع بشرط الأجل فيشترط لصحته أن يكون الأجل معلوما ، فإن كان مجهولا
يفسد البيع ^(١) .



(١) مع ملاحظة أن هذا الشرط داخل في انتفاء الغرر والجهالة ولكنه ليس شرطا في كل العقود .
انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧٨/٥ ؛ بداية المجتهد : ١٢٩/٢ ؛ السيوطي / الأنساب والنظائر :
٣٣٠ .

المبحث الثالث - حكم العقد .

إن المراد بحكم العقد عند الفقهاء أحد أمور ثلاثة :

الأول : ما يكون للعقد من وصف يثبت له نتيجة لطلب الشارع له أو نفيه عنه أو التخيير بين الفعل والترك ، ويسمى حكماً تكليفياً نسبة إلى تكليف الشارع الشخص المكلف بالفعل أو الترك ، ويتنوع الفعل باعتباره إلى أنواع : فرض وواجب وسنة ومندوب وحيام ، فيقال مثلاً : حكم البيع أنه مباح أو حرام على حسب ما يجاوزه من الأوصاف . وعقد النكاح واجب على المسلم القادر إذا خاف على نفسه الوقوع في المخطور بتركه ، وسنة مؤكدة في حال اعتدال طبيعته ، ومكروه إذا خاف أن يظلم من تزوجها^(١).

الثاني : الأثر المترتب على العقد شرعاً ، ويختلف هذا باختلاف العقود ، فيقال مثلاً في حكم عقد البيع : ثبوت ملكية المشتري للمبيع ، وثبوت ملكية البائع للثمن بمجرد انعقاد العقد ، وحكم الإجارة أنها تفيد ملك المنفعة للمستأجر ، وملك الأجرة للمؤجر ، وحكم الحوالة أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، وحكم النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً وهكذا .

الثالث : ما يكون للعقد من وصف بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه ، إما نتيجة لاعتبار الشارع له أو عدم اعتباره ، والعقد بهذا الاعتبار إما صحيح أو باطل أو فاسد ، وإما نتيجة لما للعقد المعتبر شرعاً من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال أو لا تقتضي ذلك بل تراخى ، ويسمى العقد بهذا الاعتبار نافذاً وموقوفاً ، وإما نتيجة لما للعقد من قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما ، أو غير ملزمة لواحد منهما ، والعقد بهذا الاعتبار إما لازم على العاقدين ، كالنكاح ، أو غير لازم عليهما كالإعارة ، أو لازم على أحدهما دون الآخر ، كالرهن ، لازم من جانب الراهن دون المرتهن ، وكالبيع بشرط خيار العيب أو الرؤية لازم من جانب البائع دون المشتري .

(١) وفي المسألة تفصيل ينظر في مظانه .

انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٢٨/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢١٤ - ٢١٥ ؛ البغدادي / المعونة : ٧١٧/٢ - ٧١٨ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ١٢٥/٣ - ١٢٦ ؛ الشيرازي / المهذب : ٣٤/٢ ؛ ابن قدامة / الكافي في فقه أحمد : ٣/٣ - ٤ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٣٧ - ٣٣٤/٧ .

ويسمى الحكم في هذا النوع حكما وضعيا نسبة إلى وضع الشارع وجعله هذه الأشياء مفيدة آثارها ومستتعبة أحكامه التي اختصها بها^(١).



(١) انظر : مثلا خسروا / مرآة الأصول : ٣٨٨ / ٢ - ٣٨٩ ؛ الأزميري / حاشية الأزميري على مرآة الأصول : ٣٨٧ / ٢ ؛ ابن نجيم / فتح الغفار : ٦٢ / ٢ ، ٥٩ / ٣ ؛ الحقيف / أحكام المعاملات الشرعية : ٣٠١ .
وأتناول من خلال الباب الثاني في هذا البحث حكم العقد من حيث الصحة والفساد ، ومن حيث النفاذ والوقف ، ومن حيث اللزوم وعدمه .
انظر : ص : ١٦٦ - ١٦٧ < ١٦٩ - ١٧٠ < ١٨٧ - ١٨٨ < ٢٠٠ - ٢٠٤ < ٢٤٤ دماجرها .

الباب الثاني

في ذكر تقسيمات العفو في الفقه وصورها

- ويشتمل هذا الباب على ثمانية فصول:
- الفصل الأول: أقسام العفو بالنظر إلى التسمية وحرمة.
 - الفصل الثاني: أقسام العفو بالنظر إلى صحة العقد وحرمة.
 - الفصل الثالث: أقسام العفو من ناحية الصيغة.
 - الفصل الرابع: أقسام العفو بالنظر إلى الزوج وحرمة.
 - الفصل الخامس: أقسام العفو بالنظر إلى الضمان وحرمة.
 - الفصل السادس: أقسام العفو بالنظر إلى غاية العقد.
 - الفصل السابع: أقسام العفو بالنظر إلى استمرار القبض.
 - الفصل الثامن: تقسيمات حرمة العفو.

الفصل الأول

أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وحررها

ويقتتل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : العقود الممتعة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقود الممتعة .

المطلب الثاني : التعريف بالعقود الممتعة المروفة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : العقود التي كانت خير ممتعة .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقود خير ممتعة .

المطلب الثاني : أمثلة العقود التي كانت خير ممتعة .

المطلب الثالث : أمثلة مرفضة لهذه المصانفة من العقود .

المبحث الأول - العقود المُسمَّاة .

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول - تعريف العقود المسماة :

إن المتتبع لكُتب المذاهب الفقهية يجد أن الفقهاء ، تناولوا عقوداً ، جعلوا لكل منها اسماً خاصاً . وذكروها عقداً بعد عقد ، على خلاف في ترتيب هذه العقود بين المذاهب ^(١) ، وبحثوا في كلِّ عقدٍ أركانها وأحكامها حسب ما يقتضيه موضوعه وغايته . فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والوديعة والقرض والكفالة والرهن والصلح وغيرها . هذه العقود المعينة التي أقرَّ التشريع لها أسماءٌ وأحكاماً خاصة هي ما يُطلق عليها (العقود المُسمَّاة) وتُسمَّى أيضاً عقوداً مُعيَّنة .

وإذا فالعقد المسماة هي : التي أقرَّ الشارع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص ، وأحكاماً أصليَّة ترتب على انعقادها كالبيع والهبة والشركة والإجارة وغيرها ^(٢) .

فليست مجرد التسمية إذن هي ما يُنظر إليه في العقود المسماة فقط ، بل أن يتولى التشريع تنظيم الأحكام الخاصَّة بكل منها ؛ لأن من أحكام هذه العقود ما هو تطبيق للقواعد العامة في العقد ، ومنها ما هو استثناء من هذه القواعد وفقاً لما تقتضيه طبيعة العقد وغايته ؛ فيُعمل في هذه العقود المُسمَّاة بأحكامها الخاصَّة ولو خالفت القواعد العامة .

ثم إن الناظر إلى الفقه الإسلامي ، يجده قد استوعب جميع العقود التي كانت معروفة في طور تأسيسه ^(٣) ، وتدارك الفقهاء أسماءَ لأنواعٍ أخرى فرعيَّة بعد ذلك ، وقد بحث الفقهاء هذه الطائفة من العقود وأفردوا لكل عقد منها فصلاً خاصاً لتفصيل الأحكام الخاصَّة به .

(١) انظر : أبا سليمان / ترتيب الموضوعات الفقهية ومناسباته في المذاهب الأربعة .

(٢) الزرقا / المدخل الفقهي العام (بتصرف) : ٥٣٨/١ ، ٥٦٩ .

(٣) يرد بعض التأسيس المرحلة التاريخية التي ابتدأ الفقه الإسلامي فيها بالنمو والاتساع عن طريق الاجتهاد السدي بولد أحكاماً جديدة ملائمة لروح العصر ، ومستنبطة من النص الشرعي .

وقد امتد هذا العصر من وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى منتصف القرن الثالث الهجري ، ابتداءً من الجهد العظيم الذي بذله الصحابة في معالجة المشاكل والحوادث التي واجهت المجتمع الأول ، ثم ما أعقب تلك المرحلة من حركة علمية واسعة الأثر حيث تكونت خلال هذا العصر المدارس الفقهية ، وتعمدت المناهج الاجتهادية ، وظهرت مجموعة من الفقهاء عرفوا بالإمامة الفقهية . [انظر : النبهان / المدخل للتشريع

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض هذه العقود يشتمل على عقود أخرى تُعدُّ من فروعها وتبحث أحكامها في بابه ، ومن هذه العقود : عقد البيع والشركة ، فإنهما يتضمنان أنواعاً عديدة من العقود المختلفة والتي تُعدُّ فروعاً لهما وتبحث أحكامها في باهما^(١) .
وأتناول من خلال المطلب التالي التعريف بأشهر العقود المسماة ، وقد اخترت في بيان معاني العقود وترتيبها مذهب الحنابلة^(٢) ، مع الإشارة إلى خلاف الفقهاء إن وجد .

المطلب الثاني - التعريف بأشهر العقود المسماة المعروفة في الفقه الإسلامي .

١. عقد الهدنة :

الهدنة لغة : السكون والصلح ، يقال : هادنه أي صالحه ، وتهادنوا : تصالحوا .
وبينهم هدنة^(٣) .
والهدنة شرعاً : عقد إمام أو نائبه لأهل الحرب على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض^(٤) .

وتسمى مهادة وموادعة ومعاهدة ومسألة من السلم بمعنى الصلح^(٥) . والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ بَرَاءَةٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ﴾^(٦) . فقد أذن الله سبحانه وتعالى في معاهدة المشركين ، وعاهدهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم نقض المشركون العهد ، فأوجب الله النبذ إليهم ، ومعنى الآية " هذه براءة واصله من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم " ^(٧) .

(١) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٣٩/١ ؛ الزرقا / العقود المسماة في الفقه الإسلامي : ٤ - ٥ .

(٢) ومن بين كتب المذهب الحنبلي تم اختيار كتاب (منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات) تأليف محمد ابن أحمد بن عبد العزيز الفتحى الشهير بابن النجار ، في ترتيب العقود المذكورة .

(٣) انظر : (م : هـ) : الرازي / مختار الصحاح : ٢٨٨ ؛ الفيومي / المصباح الكبير : ٢٤٢ ؛ الزمخشري / أساس البلاغة : ٦٩٨ .

(٤) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٢٥/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٠٩/١١ .

(٥) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٢٥/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٠٩/١١ .

(٦) سورة التوبة : آية ١ .

(٧) الرازي / التفسير الكبير : ٢٢٥/١٥ .

وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْتَنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ ^(١) . فقد بين الله سبحانه وتعالى في هذه الآية أن العدو إن مال إلى الصلح ، فالحكم هو قبول الصلح إذا كان فيه مصلحة ^(٢) .

ومن السنة : ((أنه ﷺ صالح قريشا في الحديبية عَلَى وَضْعِ الْحَرْبِ عَشْرَ سِنِينَ يَأْمَنُ فِيهَا النَّاسُ وَيَكْفُ بِبَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ)) ^(٣) .

ولا يجوز عقد الهدنة إلا إذا دعت المصلحة إليه ، كأن يكون بالمسلمين ضعف وعدم قدرة على قتال المشركين ، فيهادتهم الإمام أو نائبه حتى يقوى المسلمون ، وإما أن يطمع في إسلامهم بهدنته ، أو في أدائهم الجزية ^(٤) ، أو غير ذلك من المصالح . ولا تجوز المهادنة مطلقاً من غير تقدير مدة معلومة ؛ لأن ذلك يؤدي إلى ترك الجهاد بالكلية ^(٥) .

٢- عقد الذمة :

الذِّمَّةُ لُغَةً : الأمان والضمان والعهد ، وأهل الذِّمَّةِ : أهل العَقْد من أهل الكتاب ومن جرى مجراهم ^(٦) .

(١) سورة الأنفال : آية ٦١ .

(٢) انظر : الرازي / التفسير الكبير : ٢٢٥/١٥ .

(٣) رواه أبو داود وأحمد وأصله في البخاري .

أبو داود ، السنن : ٢١٠/٣ ، كتاب الجهاد (٩) ، باب في صلح العدو ١٦٨ ، الحديث (٢٧٦٦) .

أحمد ، المسند : ٤٨٧/٦ ، مسند الكوفيين ، حديث المسور بن عزمة ومروان بن الحكم ، حديث (١٨٩٣٢)

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٦٧٥/٥ ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الجهاد ، والمصالحة مع

أهل الحرب ، وكتابة الشروط (١٥) ، حديث (٢٧٣١ ، ٢٧٣٢) .

قال ابن حجر : " في رواية ابن إسحاق ((فلما انتهى إلى النبي ﷺ جرى بينهم القول حتى وقع الصلح على أن توضع الحرب بينهما عشر سنين وأن يأمن الناس بعضهم بعضاً ، وأن يرجع عن عامهم هذا)) وهذا القدر الذي ذكره ابن إسحاق أنه مدة الصلح هو المعتمد ، وبه جزم ابن سعد ، وأخرجه الحاكم من حديث علي نفسه " [فتح الباري : ٦٩٣/٥] . ولم أفد عليه في المستدرک ولعله في كتاب آخر للحاكم .

وانظر : الزيلعي / نصب الرأية : ٣٨٨-٣٨٩ .

(٤) الجزية : مال يؤخذ من الكفار على وجه الذلة والامتهان كل عام في آخره بدلا عن قتلهم وعن إقامتهم بدارئله

[انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٢٨/٢ ؛ ابن حجر / فتح الباري : ٣٩٢/٦ .

(٥) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٢٥/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٠٩/١١ .

(٦) انظر : (م : دَم) : الفهرز آبادي / القاموس المحيط : ١١٥/٤ ؛ الجوهري / الصحاح : ١٩٢٦/٥ ؛ أنس

وآخرون / المعجم الوسيط : ٣١٥/١ .

وعقد الذمة شرعا : إقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية ، والتزام أحكام الملة ^(١).

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ^(٢).

قال الحافظ ابن حجر ^(٣) : " هذه الآية هي الأصل في مشروعية الجزية ، ودل منطوق الآية على مشروعيتهما مع أهل الكتاب ، ومفهومها أن غيرهم لا يشاركون فيها " ^(٤).
وقول المؤبر ^(٥) لعامل كسرى : « أَمَرْنَا نَبِيَّنَا رَسُولُ رَبِّنَا ﷺ أَنْ نَقَاتِلَكُمْ حَتَّى تَعْبُدُوا اللَّهَ وَحْدَهُ أَوْ تُؤَدُّوا الْجِزْيَةَ » ^(٦).

(١) البهوتي / كشف القناع (بصرف) : ١١٦/٣ . وانظر : البهوتي / شرح منتهى الإروادات : ١٢٨/٢ .

(٢) سورة التوبة : آية ٢٩ .

(٣) أحمد بن علي بن محمد الكائني ، المعروف بابن حجر العسقلاني (٧٧٤ - ٨٥٢ هـ) : أبو الفضل ، شهاب الدين . من أئمة الحديث العظام ، مصري المولد ، والمنشأ ، والوفاة . من كبار الشافعية . مؤرخ ، وفقهه تصدى لنشر الحديث ، وقَصَّر نفسه عليه مطالعة ، وإقراء ، وتصنيفاً ، وإفتاء . تفرد بذلك حتى أجمع العلماء على إطلاق اسم الحافظ عليه . كما انتهى إليه معرفة الرجال واستحضارهم ، ومعرفة العالي والنازل ، وعلل الأحاديث ، وغير ذلك .

من تصانيفه : (فتح الباري في شرح صحيح البخاري) ، و(تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير) ، و(تبصير المنتبه بتحرير المشتبه في أسماء الرجال) ، و(لسان الميزان) ، و(تهذيب التهذيب) في التراجم .

[انظر : ابن العماد / شذرات الذهب : (٧/٢٧٠-٢٧٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (١٧٨/١-١٧٩) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٢٠/٢)] .

(٤) فتح الباري : ٣٩٢/٦ .

(٥) المغيرة بن شعبه بن أبي عامر بن مسعود الثقفي (٢٠ ق هـ - ٥٠ هـ) : أبو عبد الله أو أبو عيسى ، صحابي مشهور ، وهو أحد دعاة العرب وقادهم وولاهم . يقال له : " مغيرة الرأي " . أسلم قبل الحديبية ، وشهد الحديبية والبيعة وفخ الشام وذهبت عنه يوم اليرموك . وشهد القادسية وغانود وهدنان . وُلِّي إمرة البصرة ثم الكوفة . له (١٣٦) سنة وثلاثون ومائة حديث .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : (٤/٤٧١-٤٧٣) ، ابن حجر / الإصابة : (٣/٤٥٢-٤٥٣) ، ابن حجر / تقريب التهذيب : (٥٤٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (٧/٢٧٧)] .

(٦) جزء من حديث رواه البخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٣٩١/٦ ، كتاب الجزية والمواذعة (٥٨) ، باب الجزية والمواذعة مع أهل الذمة والحرب (١) ، حديث (٣١٥٩)

ولحديث ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَخَذَ الْجِزْيَةَ مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ))^(١).

والإجماع على قبول الجزية لمن بذلها من أهل الكتاب ، ولمن له شبهة كتاب^(٢) وإقرارهم بذلك في أرض الإسلام^(٣).

٣. البيع :

هو رأس عقود المعاوضات ، وأحكامه أساس للقياس في كثير من أحكامها .

والبيع لغة : مطلق المبادلة مالية كانت أو غير مالية ، والمبادلة هي إعطاء شيء وأخذ شيء عوضاً عنه .

والبيع من الأضداد مثل الشراء . ومنه قول النبي ﷺ : ((لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ))^(٤).

فالنهي في قوله ﷺ ((لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ)) على المشتري لا على البائع لأن العرب تقول بعث الشيء بمعنى اشتريته^(٥).

واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين مبادلة بمد باعه للأخذ والإعطاء^(٦).

(١) رواه البخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٣٩٠/٦ ، كتاب الجزية والمؤادعة (٥٨) ، باب الجزية والمؤادعة مع أهل الذمة والحرب (١) ، حديث (٣١٥٧) .

(٢) من له شبهة كتاب كالمجوس فإنه يروى أنه كان لهم كتاب ورفع ، فذلك شبهة لهم أوجبت حق دمانهم بأخذ الجزية منهم . [انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٢٨/٢ ؛ ابن حجر / فتح الباري : ٣٩٥/٦] .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٠٩/٧ ، ١١١ ؛ الحرشي / الحرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي عليه : ١٤٣/٣ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٢٤٢/٤ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١١٧/٣ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٢٨/٢ .

(٤) متفق عليه ، واللفظ لمسلم .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٨٧/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سومة أخيه حتى يأذن له أو يتزلف (٥٨) ، حديث (٢١٤٠) .

مسلم ، الصحيح : ١١٥٤/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومة على سومة وتحريم التحشي وتحريم التصريفة (٤) ، حديث (١٤١٢) .

(٥) انظر (م : بيع) : ابن منظور / لسان العرب : ٢٣/٨ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ٢٧ .

(٦) انظر (م : بيع) : الزحخشري / أساس البلاغة : ٥٧ ؛ الجوهري / الصحاح : ١١٨٩/٣ ؛ الفيروز آبادي / القاموس المحيظ : ٨/٣ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٢٣/٨ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٢٩ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ٢٧ ؛ الأصفهاني / المفردات في غريب القرآن : ٦٧ .

وعقد البيع شرعا : مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأييد غير ربا وقرض^(١).

ومشروعية البيع ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فعموم الآيات الدالة على حل البيع ومنها :

قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾^(٢).

وقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا بَيَّعْتُمْ ﴾^(٣).

وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٤) . والبيع نوع من التجارة ، إلا أن قوله تعالى : ﴿ بِالْبَاطِلِ ﴾ أخرج كل عوض لا يجوز شرعا وإن كان هناك تراض . وخرج أيضا كل عقد لا عوض فيه ، كالقرض والصدقة والهبة وغيرها ، وإنما جازت بأدلة أخرى مذكورة في مواضعها^(٥) .

قال الإمام الشافعي رحمه الله مبينا وجه الاستدلال بعموم هذه الآيات : ذكر الله البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته ، فاحتمل إحلال الله عز وجل البيع معنيين : أحدهما أن يكون قد أحل كل بيع تباعه المتبايعان جائزي الأمر فيما تباعه عن تراض منهما وهذا أظهر معانيه . والثاني : أن يكون الله عز وجل أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله ﷺ المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد ، فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه وبين كيف هي على لسان نبيه ، أو من العام الذي أراد به الخاص فبين رسول الله ﷺ ما أريد بإحلاله منه وما حرم ، أو يكون داخلا فيهما ، أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نبيه ﷺ ، وأي هذه المعاني كان فقد ألزمه الله تعالى خلقه بما فرض من طاعة رسول الله ﷺ عن يوع تراضى بها المتبايعان استدللنا على أن الله عز وجل أراد بما أحل من البيوع ما لم يدل على تحريمه على لسان نبيه ﷺ دون ما حرم على لسانه^(٦).

(١) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : (١٦١) : ١٠٧ . وانظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٤٠/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٤٥/٣ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٧٥ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٢٩ .

(٥) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ١٥١/٥ - ١٥٢ .

(٦) الأم (بصرف) : ٣/٣ . وانظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٣٥٦/٣ - ٣٥٧ .

وقال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(١). فقد روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كانت عكاظ ومحنة وذو المجاز أسواقا في الجاهلية، فلما كان الإسلام تأثموا من التجارة فيها، فأنزل الله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(٢) في مواسم الحج^(٣).

وأما السنة: فحديث ((البَّيْعَانُ بِالْحِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا))^(٤).

وروى رفاعه^(٥) رضي الله عنه أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال: يَا مَعْشَرَ التَّجَارِ، فَاسْتَجَابُوا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَرَفَعُوا أَعْنَاقَهُمْ وَأَبْصَارَهُمْ إِلَيْهِ، فَقَالَ: ((إِنَّ التَّجَارَ يُعْتَنُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَارًا إِلَّا مَنْ اتَّقَى اللَّهَ وَبَرَّ وَصَدَّقَ))^(٦).
وعن أبي سعيد رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: ((التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ

(١) سورة البقرة: آية ١٩٨.

(٢) سورة البقرة: آية ١٩٨.

(٣) البخاري، الصحيح، بشرح ابن حجر: ٤٥/٥ - ٤٦، كتاب البيوع (٣٤)، باب الأسواق التي كلنت في

الجاهلية فتبايع بها الناس في الإسلام (٣٥)، حديث (٢٠٩٨).

(٤) متفق عليه.

البخاري، الصحيح، بشرح ابن حجر: ٣١/٥، كتاب البيوع (٣٤)، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا (١٩)، حديث (٢٠٧٩).

مسلم، الصحيح: ١١٦٤/٣، كتاب البيوع (٢١)، باب الصدوق في البيع والبيان (١١)، حديث (١٥٣٢/٤٧).

(٥) رفاعه رافع بن مالك بن العجلان بن عمرو بن عامر بن زريق، الأنصاري، الخزرجي (١٤١هـ): أبو معاذ، وأمه أم مالك بنت أبي سلول، أخت عبد الله بن أبي رأس المنافقين. شهد العقبة، وقال عروة وموسى ابن عتبة وابن إسحاق: أنه ممن شهد بدرًا، وأحدًا، والحندي، وبيعة الرضوان، والمشهد كلها مع رسول الله ﷺ. كما شهد الجمل وصفين مع علي رضي الله عنه [انظر: ابن الأثير / أسد الغابة: (٧٣٢-٧٤)].

رواه الترمذي، وابن ماجة، الدارمي، والحاكم.

(٦) قال أبو عيسى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَيَقَالُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ عُثَيْبٍ اللَّوْثِيُّ رِفَاعَةً أَيْضًا.

الترمذي، السنن: ٥١٠/٣ - ٥١٦، كتاب البيوع (١٢)، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم إياهم (٤)، حديث (١٢١٠).

ابن ماجة، السنن: ٧٢٦/٢، كتاب التجارات (١٢)، حديث (٢١٤٦).

الدارمي، السنن: ٣٢٢/٢، كتاب البيوع (١٨)، باب في التجار (٧)، حديث (٢٥٣٨).

قال الحاكم: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ وَلَمْ يُفْرَجَاهُ. المستدرك: ٦/٢، كتاب البيوع.

وَالصَّادِقِينَ وَالشَّهَدَاءَ»^(١).

وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على جوازه وأنه أحد أسباب الملك من لدن صحابة رسول الله ﷺ من غير نكير ، بل هو إجماع الخلق كافة في مختلف الأعصار والأمصا^(٢).

ومقاصد الشريعة تقتضيه وتشهد لحسنه وعظم مصالحه ؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه وصاحبه لا يبذله بغير عوض ، فيتوصل كل البائع لغرضه ودفع حاجته^(٣).

ذكر نماذج لما يندرج تحت عقد البيع :

يندرج تحت عقد البيع فروع كثيرة منها :

١- الاستصناع^(٤) : وهذا العقد له دور كبير في تنشيط الصناعة ، وفتح المجالات

الواسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي ، ومن ذلك :

أولاً : توسيع نطاق إمكان بيع المعلوم في كل شيء يصنع مما اشتدت الحاجة إلى إمكان بيعه قبل صنعه في عصر انفجرت فيه الصناعة وفنونها وابتكاراتها القائمة على الاكتشاف العلمي والتقنية .

ثانياً : تحقيق الاستقرار الاقتصادي ؛ إذ أن طلب سلع خاصة بصفات خاصة يعني أن هناك حاجة إليها ، ويدل على عدم وجود تضخم في المصنوعات ، وهذا يؤدي إلى التوازن بين العرض والطلب مما يؤدي إلى تحقيق الاستقرار الاقتصادي في البلاد

(١) رواه الترمذي ، والدارمي ، والحاكم .

قَالَ أَبُو بَكْرٍ عَيْسَى : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ لَا تُعْرَفُهُ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ مِنْ حَدِيثِ الثَّوْرِيِّ عَنْ أَبِي حَمْرَةَ .

الترمذي ، السنن : ٥١٥/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إليهم (٤) ، حديث (١٢٠٩) .

الدارمي ، السنن : ٣٢٢/٢ ، كتاب البيوع (١٨) ، باب في التاجر الصدوق (٨) ، حديث (٢٥٣٩) .
الحاكم ، المستدرك : ٦/٢ ، كتاب البيوع .

(٢) انظر : ابن القيم / فتح القدير : ٢٤٧/٦ ؛ التسوي / البهجة شرح الصفحة : ٥/٢ ؛ الشلعي / الأم : ٣/٣ ؛ البهري / شرح منتهى الإرادات : ١٣٩/٢ ؛ البهري / كشف القناع : ١٤٥/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤/٤ .

(٣) انظر : ابن القيم / فتح القدير : ٢٤٧/٦ ؛ البهري / شرح منتهى الإرادات : ١٣٩/٢ - ١٤٠ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤/٤ .

(٤) انظر تعريف عقد الاستصناع ، ص : ٣٠ ، ش : ٣ .

ثالثا : يؤدي عقد الاستصناع إلى حل الأزمات الإسكانية ؛ إذ يطلب للمستصنع مسكنا معينا بمواصفات ومقاييس محددة حسب رغبته وحاجاته ، ويدفع من ثمنها أو لا يدفع إلا بعد الاستلام على أقساط محددة حسب استطاعته ، وبذلك تخف الأزمات الإسكانية ، وهذا يؤدي إلى الرفاهية الاجتماعية ورواج التجارة ونشاط وحرارة الأيدي العاملة

رابعا : يؤدي عقد الاستصناع إلى نشاط الحركة التجارية ، فالصانع يستطيع أن يشتري مواد التصنيع التي يحتاج إليها بتمن مؤجل حتى يحين وقت الدفع إليه ، ومن ثم يستخدم هذا المال في تمويل مشاريع صناعية وتجارية أخرى ، كما أن الصانع يضمن عدم ركود السلع عنده أو فسادها فلا يضعف إلا ما يتفق على صناعته .

خامسا : تبرز أمام البنوك الإسلامية ، وأمام سائر التجار الإسلاميين الذين يحرصون على عدم تدنيس نشاطاتهم الاستثمارية بالربا ، أهمية عقد الاستصناع وذلك من ناحيتين : الأولى : اتساع نطاق عقد الاستصناع ، فلم يعد محصورا في الحاجات الفردية .

الثانية : أن عقد الاستصناع يجمع بين خاصيتين : خاصية بيع السلم في جواز وروده على مبيع معلوم حين العقد ، سيصنع فيما بعد ، وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانيا لا يجب تعجيله كما في السلم ^(١) .

وتبرز سمات عقد الاستصناع من خلال ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأنه ، فقد جاء في القرار ما يلي :

١- إن عقد الاستصناع — وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة — ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

٢- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي :

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة .

(ب) أن يحدد فيه الأجل .

٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة .

(١) لمزيد من التفصيل انظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، الجزء الثاني ، الزرقا /

((عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة)) : ٢٤٦ — ٢٥٣ ؛ الشيبني /

((الاستصناع)) تعريفه — تكليفه — حكمه — شروطه — أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية : ٦٦٩ —

٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة ^(١).

٢- بيع الأمانة: سميت بذلك لأنها مبنية على الثقة والاطمئنان في التعامل بين الطرفين: البائع والمشتري، ومنها:

أ- المراجعة وهي: بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به البائع وزيادة ربح معلوم لهما. وبيع المراجعة من البيوع الجائزة عند الفقهاء، وذهب للمالكية إلى أنه خلاف الأولى وتركه أحب، لكثرة ما يحتاج البائع فيه من البيان، فالأولى عندهم البيع بطريق المساومة ^(٢).
ب- التولية وهي: أن يشتري الرجل السلعة بثمن معلوم، ثم يبيع تلك السلعة لرجل آخر بالثمن الذي اشتراها به.

فإن قال: وليتك إياها، لم يجز أن يبيعه إياها بأكثر مما اشتراها أو بأقل، لأن لفظ التولية يقتضي أن يدفعها للمشتري بمثل ما اشتراها به. وقد اتفق الفقهاء على أن بيع التولية جائز شرعاً، وتترتب عليه جميع أحكامه ^(٣).

ج- الوضعية: بيع السلعة بنقصان معلوم من الثمن الأول، وهو ضد بيع المراجعة. وقد اتفق الفقهاء على أن يبيع الوضعية جائز شرعاً، وتترتب عليه جميع أحكامه ^(٤).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، قرار رقم: ٧/٣/٦٧ بشأن عقد الاستصناع: ٧٧٧ - ٧٧٨.

(٢) انظر: الكاساني / بدائع الصنائع: ٢٢٠/٥ - ٢٢٢؛ ابن جزى / القوانين الفقهية: ١٧٤؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ١٥٩/٣؛ الشربيني / مغني المحتاج: ٧٧/٢؛ الماوردى / الحاوي: ٣٣٩/٦؛ البهوتي / كشف القناع: ٢٣٠/٣.

(٣) انظر: الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه: ١٣٤/٥؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١٥٦/٣؛ الشربيني / مغني المحتاج: ٧٦/٢؛ الخلي / شرح الخلي على المنهاج وحاشية قليوبي عليه: ٢٢٠/٢؛ البهوتي / كشف القناع: ٢٢٩/٣.

(٤) انظر: ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار: ١٣٢/٥؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ١٦٣/٣؛ الشربيني / مغني المحتاج: ٧٧/٢؛ الماوردى / الحاوي: ٣٣٤/٦؛ البهوتي / كشف القناع: ٢٣٠/٣ - ٢٣١.

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي :

أولا . في ذكر حكم عقد المراجعة للآمر بالشراء :

صورته : أن يتقدم الطرف الأول إلى الطرف الثاني طالبا منه شراء سلعة معينة بالمواصفات التي يحددها على أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له فعلا مراجعة بالنسبة التي يتفقان عليها ، ويدفع الثمن مقسطا حسب إمكانياته ^(١) .

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي بشأن حكم هذا العقد ما يلي :

" أولا : أن بيع المراجعة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور ، وحصول القبض المطلوب شرعا ، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسئولية التلف قبل التسليم ، وتبعية الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم ، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه .

ثانيا : الوعد (وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزما للواعد ديانة إلا لعذر ، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقا على سبب ودخل الوعود في كلفة نتيجة الوعد . ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد ، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر .

ثالثا : المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتعاقدين كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز ، لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده " ^(٢) .

ثانيا . في ذكر حكم بيع الحقوق المعنوية :

إن بيع الحقوق المعنوية كالاسم التجاري ، والعنوان التجاري ، والعلامة التجارية ، والتأليف والاختراع أو الابتكار من القضايا التي استجد التعامل بها في المجتمعات المعاصرة ، مما استلزم بيان حكمها الشرعي .

(١) انظر : حمود / تطوير الأعمال المصرفية : ٤٣٢ ؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثاني ، الضمير ، ((المراجعة للآمر بالشراء)) : ٩٩٤ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثاني ، قرار رقم : (٣ ، ٢) بشأن

الوفاء بالوعد والمراجعة للآمر بالشراء : ١٥٩٩-١٦٠٠ .

ومن ثم فقد قرر مجمع الفقه بشأن الحقوق المعنوية ما يلي :

" أولا : الاسم التجاري ، والعنوان التجاري ، والعلامة التجارية ، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها . وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها .

ثانيا : يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا

ثالثا : حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعا ولأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها " (١) .

٤. الإقالة :

الإقالة لغة : مصدر أقاله يقيهله إقالة ، أو اسم مصدر من قاله يقيهله قילה على وزن باعه يبيعه يبع ، ومن معانيها عند أهل اللغة : الرفع والإزالة والإبطال .

يقال أقال الله عثرته : إذا رفعه من سقوطه ، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد (٢) .

وشرعا : فسخ المتعاقدين العقد برضاها (٣) .

وهذا التعريف بناء على أن الإقالة فسخ لا بيع ، وهو المذهب عند الحنابلة (٤) .

وهناك تعريفات متعددة للإقالة في المذاهب المختلفة ، بناء على اختلافهم في ماهية الإقالة هل هي فسخ ، أم بيع . وأجمع التعريفات لأراء الفقهاء في تكيفها هو تعريفها بأنها : رفع العقد وإزالته برضا الطرفين (٥) .

ومشروعية الإقالة ثابتة بالسنة والإجماع .

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثالث ، قرار رقم : (٥) بشأن الحقوق المعنوية : ٢٥٨١ .

(٢) انظر (م : قيل) : القفروزي آبادي / القاموس المحيط : ٤٣/٤ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٢٣٣ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٩٩ ؛ الجوهرى / المصباح : ١٨٠٨/٥ .

(٣) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : (٢٢٠) : ١١٥ .

(٤) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٩٢/٢ ؛ للرداوي / الإنصاف : ٤٧٥/٤ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٦ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٤٢/٤ ، ٢٤٤ .

(٥) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٠/٦ ؛ الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ١١٩/٥ - ١٢٠ ؛ حيدر / درر الحكماء شرح مجلة الأحكام (شرح م : ١٩٠) : ١٤٢/١ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ٥٤/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢٤٨/٣ .

أما السنة : فقولہ ﷺ : ((مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتُهُ))^(١).

فقد دل الحديث على مشروعية الإقالة ، وعلى أنها مندوب إليها ، لوعده المقيلين بالثواب .

وقد أجمع المسلمون على جوازها في جميع العقود إلا النكاح ، وأن حكمها التكليفي هو النذب .

إلا أن الحنفية نصوا على وجوبها في بعض الأحوال ، كما إذا كانت بعد عقد مكروه أو بيع فاسد ؛ لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان^(٢) .

مسألة : ذكر اختلاف الفقهاء في ماهية الإقالة :

اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة فيما إذا وقعت بلفظها هل هي فسخ أم بيع^(٣) ؟ على

ثلاثة أقوال :

الأول : ذهب أبو حنيفة^(٤) ، إلى أن الإقالة فسخ في حق المتقايين ، وبيع جديد في حق الغير ، إلا إن تعذر جعلها فسخا فإنها تبطل ويبقى البيع على حاله ، كما إذا هلك المبيع

(١) رواه أبو داود ، وابن ماجة ، وابن حبان ، والبيهقي ، والحاكم ، عن أبي هريرة .

قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

الحاكم ، المستدرك : ٤٥٢ ، كتاب البيوع ، باب من أقال مسلما أقال الله عثرته .

أبو داود ، السنن : ٧٣٨/٣ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب فضل الإقالة (٥٤) ، حديث (٣٤٦٠) .

ابن ماجة ، السنن : ٧٤١/٢ ، كتاب التجارات (١٢) ، باب الإقالة (٢٦) ، حديث (٢١٩٩) . وزاد ابن

ماجة (يَوْمَ الْقِيَامَةِ) .

ابن حبان ، الصحيح : ٢٤٣/٧ ، كتاب التجارات ، باب الإقالة ، ذكر إقالة الله حل وعلا في القيامة عشرين

من أقال نادما بيعته ، حديث (٥٠٠٧) . ولفظه : ((مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا بَيْعَتُهُ أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)) .

البيهقي ، السنن الكبرى : ٢٧/٦ ، كتاب البيوع ، باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض بعضا .

وانظر : الزيلعي / نصب الراية : ٣٠/٤ .

(٢) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٤٨٦/٦ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٠/٦ ؛ الباري / العناية على

الهدي : ٤٨٦/٦ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٩٥/٣ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢٤٨/٣ .

(٣) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٢/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية رد مختار على الدر المختار : ١٢٠/٥ ؛

حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام : ١٤٣/١ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٩٥/٣ .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٠/٦ - ١١٢ / المرغيناني /

الهدي : ٤٨٧/٦ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٨٧/٦ .

بعد القبض . فلو كان المبيع عقارا فباعه مالكه بعد أن سلم الشفيع الشفعة ^(١) ، ثم تقابل العاقدان ، فثبت للشفيع حق طلب الشفعة ثانيا ؛ لأن الإقالة بيع جديد في حقه .

وجه هذا القول : أن الإقالة تنبئ عن الفسخ بالإزالة ، فلا تحمل معنى آخر نفيا للاشتراك ، والأصل العمل بحقيقة اللفظ ، وحقيقة الفسخ رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، ففي عقد البيع ثبوت الحال الأول هو برد المبيع إلى بائعه ورد مثل الثمن إلى مالكه .

وإنما جعلت بيعا في حق غير العاقدين ، لأن فيها نقل ملك بإيجاب وقبول بعوض مالي ، فجعلت بيعا في حق غير العاقدين محافظة على حقه من الإسقاط ، إذ لا يملك العاقدان إسقاط حق غيرهما ؛ وحتى لا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة ، فإذا فرض ثبوت الحال الأول يعود المبيع إلى بائعه ورد مثل الثمن إلى المشتري ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصود الشارع ^(٢) .

الثاني : ذهب أبو يوسف ^(٣) من الحنفية ، والمالكية ^(٤) ، إلى أن الإقالة بيع جديد في

(١) الشفعة : " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنقلة عنه من يد من انتقلت إليه " وهذا التعريف بناء على أن الشفعة حق للشريك فقط دون الجار ، كما هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، خلافا للحنفية القائلين بنبوها للشريك والجار . [ابن قدامة / المغني على مختصر الحرقى : ٥٥٩/٥ . وانظر : المحصكي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٢١٧/٦ ؛ الدردير / الشرح الكبير : ٤٧٣/٣ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٢٩٦/٢] .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٨٨/٦ — ٤٨٩ .

(٣) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري ، الكوفي ، البغدادي (١١٣-١٨٢هـ) : أبو يوسف ، من كبار فقهاء الحنفية ، أصولي ، مجتهد ، محدث ، حافظ ، عالم بالتفسير والمغازي وأيام العرب . ولد بالكوفة وتفق على يد الإمام أبي حنيفة ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته . وروى عنه : محمد بن الحسن الشيباني وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين . ولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين ، ولقب بقاضي القضاة . توفي ببغداد . من تصانيفه : (الخراج) ، و(أدب القاضي) على مذهب أبي حنيفة النعمان ، و(الأمل في الفقه) .

[انظر : اللكوي / القوائد الهية في تراجم الحنفية : (٢٢٥) وفيه أن وفاته سنة ١٨٣هـ ؛ الذهبي / سير أعلام النبلاء : (٥٣٩-٥٣٥) ؛ ابن خلكان / وفيات الأعيان : (٣٧٨-٣٨٨) ؛ الزركلي / الأعلام : (١٩٣/٨) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٢٤٠/١٣)] .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ١١١/٦ — ١١٢ / المرغيناني / الهداية : ٤٨٧/٦ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٨٧/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ١٢٠/٥ ؛ والنويسي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : ٣٤٧ / الحرشي / الحرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي عليه : ١٦٦/٥ .

حق المتقابلين ، وفي حق الغير ، إلا إذا تعذر إعمالها بيعا فتجعل فسحا ، كبيع الطعام قبل قبضه .

وجه هذا القول : أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال ، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل ، وقد وجد ، فكانت الإقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني^(١).

الثالث : ذهب محمد ابن الحسن^(٢) من الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، وأحمد في أصح الروايتين ، وهي المذهب عند الحنابلة^(٣) ، إلى أن الإقالة فسخ في حق المتقابلين ، وفي حق الغير ، إلا إذا تعذر إعمالها فسحا فتجعل بيعا .

وجه هذا القول : أن الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع ، يقال في الدعاء : اللهم أقلني من عثري ، أي ارفعها ، والأصل أن معنى التصرف شرعا ما ينبئ عنه اللفظ لغة ، ورفع العقد ففسحه^(٤).

وقال ابن المنذر^(٥) : " وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ غي عن بيع الطعام قبل قبضه

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٨٨/٦ .

(٢) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (١٣١ - ١٨٩ هـ) : أبو عبد الله ، إمام في الفقه والأصول . ثاب أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف ، هو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة . ولي القضاء للرشيد بالرقه ، ثم عزله واصطحبه الرشيد في مخرجه إلى خراسان ، ومات بالري . من تصانيفه : (الجامع الصغير) ، و(الجامع الكبير) ، و(المبسوط) ، و(السير الكبير) ، و(السير الصغير) ، و(الزيادات) . وتسمى هذه عند الحنفية بكتب ظاهر الرواية .

[انظر : اللكوي / الفوائد البهية في تراجم الحنفية : (١٦٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (٨٠/٦) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٢٠٧/٩)]

(٣) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ١١١/٦ - ١١٢ ؛ ابن عابدين / حاشية رد مختار على الدر المختار : ١٢٠/٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٨٧/٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ١٧٢ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٩٥/٣ ؛ المرادوي / الإنصاف : ٤٧٥/٤ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٦ .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٨٨/٦ .

(٥) محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (٢٤٢ - ٣١٩ هـ) : أبو بكر ، فقيه ، مجتهد ، حافظ . عده الشيرازي في طبقات فقهاء الشافعية . لقب بشيخ الحرم . أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء . توفي بمكة . من تصانيفه : (المبسوط) في الفقه ، و(الأوسط في السنن) ، و(الإجماع والاختلاف) ، و(اختلاف العلماء) .

[انظر : هداية الله الحسيني / طبقات الشافعية : (٥٩) ؛ الذهي / تذكرة الحفاظ : (٧٨٢-٧٨٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (٢٩٤/٥-٢٩٥)] .

مع إجماعهم على أن له أن يقلل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعاً^(١).
ولأن الإقالة تنقذر بالثمن الأول ، ولو كانت بيعاً لم تنقذر به^(٢).
وأيضاً لأن البيع والإقالة احتلفا اسماً فيختلفان حكماً ، فإذا كانت رفعا لا تكون بيعاً ،
لأن البيع إثبات والرفع نفي ، وبينهما تناف ، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخا محضاً ،
فإذا لم يمكن أن تجعل فسخا فتجعل بيعاً ضرورة^(٣) .

الترجيح :

من خلال ما تقدم من أقوال الفقهاء وأدلتهم أجد أن الراجح من هذه الأقوال هو ما
ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، وأحمد في أصح الروايتين ، من
أن الإقالة فسخ في حق المتقاييلين وفي حق الغير ؛ لأن الحقيقة أولى من الجاز والإقالة تنبئ عن
الرفع بخلاف البيع ، ومما يؤكد ذلك أن قول ابن رجب : " وليس في العرف أن الإقالة
بيع " ^(٤) . — والله أعلم — .

ثمرة هذا الخلاف :

تظهر ثمرة هذا الخلاف في مسائل :

الأولى : الإقالة بأكثر أو أقل من الثمن بلا عيب ، أو بغير جنس الثمن ، فإن قلنا هي
فسخ لم يصح ، وإذا فيلزمه في الإقالة مثل الثمن الأول وتسمية الزيادة والنقصان والأجل
والجنس الآخر باطلة ، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعده ، وسواء أكان المبيع منقولاً أم
غير منقول ؛ لأن الفسخ رفع للعقد فيرد على عين ما يرد عليه العقد واشتراط خلافه باطل
وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وبعده وبين المنقول وغير المنقول ، فتبين إذن أن
العوضين على وجههما كالرد بالعيب^(٥) .

ولذا لو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلا وقد
رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع^(٦) .

(١) ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقى : ٢٤٤/٤ .

(٢) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقى : ٢٤٤/٤ .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ .

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٩ .

(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦ — ٣٠٧ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٣/٦ ؛ ابن رجب /

القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٦ .

(٦) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٤/٦ .

و" إذا تسعرت السوق جازت الإقالة بنقص في مقابلة نقص السعر ، وكذا لو تغيرت صفة السلعة الأولى" (١) .

وإن قلنا هي بيع يصح كسائر البيوع ، وذكر ابن رجب في قواعده وجها آخر بعدم الصحة ؛ لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه (٢) .

الثانية : لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن ، إن قلنا هي فسخ جاز قبضه ، وإن قلنا هي بيع فلا يصح قبضه بلا كيل ووزن (٣) .

الثالثة : هل يشترط في الإقالة شروط البيع من معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه وتمييزه عن غيره ؟ إن قلنا هي فسخ لم يشترط لها ذلك ، وإن قلنا هي بيع يشترط لها ذلك (٤) .

الرابعة : هل يثبت في الإقالة خيار المجلس ، إن قلنا هي فسخ لم يثبت الخيار ، وإن قلنا هي بيع ثبت فيها خيار المجلس كسائر العقود (٥) .

ويرى ابن رجب — رحمه الله — عدم ثبوت خيار المجلس على القول بأن الإقالة بيع ؛ لأن الخيار وضع للنظر في الحظ ، والمستقبل لم يطلب الإقالة بعد لزوم العقد إلا بعد تروؤ ونظر ، فلا يحتاج بعد ذلك إلى مهلة لإعادة النظر (٦) .

الخامسة : هل يرد بالعيب في الإقالة ؟ إن قلنا هي فسخ ، فعلى وجهين ، وإن قلنا هي بيع رُدَّت به (٧) .

السادسة : هل تصح الإقالة بعد النداء للجمعة ، إن قلنا هي بيع لم تصح ، وإن قلنا هي فسخ صححت (٨) .

(١) ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٦ .

(٢) انظر : المرجع السابق .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٨ / ٥ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٢ / ٦ ؛ ابن رجب / القواعد في

الفقه الإسلامي : ٣٦٦ .

(٤) انظر : ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٧ .

(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٨ / ٥ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٤ / ٣ ؛ ابن رجب /

القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٨ .

(٦) انظر : ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٨ .

(٧) انظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٤ / ٣ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٨ .

(٨) انظر : ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٧ .

السابعة : لو حلف لا يبيع أو لبييعن أو علق على البيع طلاقاً أو عتقاً ثم أقال ، فإن قلنا هي بيع ترتب عليها أحكامها من البر والحنث وإلا فلا ، قال ابن رجب : " وقد يقال إن الأيمان تبني على العرف وليس في العرف أن الإقالة بيع " ^(١).

٥. الصرف :

الصَّرْفُ لغة : رَدُّ الشَّيْءِ عَنْ وَجْهِهِ أَوْ إِبْدَالُهُ بِغَيْرِهِ ، صَرَفَهُ يَصْرِفُهُ صَرْفًا فَانْصَرَفَ. ومنه قوله تعالى : ﴿ سَأَصْرِفُ عَنْ آيَاتِيَ الَّذِينَ يَتَكَبَّرُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ ﴾ ^(٢) أي أجعل جزاءهم الاضلال عن هداية آياتي .

وصَرَفَ الدراهم : باعها بدراهم أو دنانير . واصطرفها : اشتراها . وبين الدرهمين صَرَفٌ أي فضل بلوذة فضة أحدهما ^(٣) .

وشرعا : " بيع نقد بنقد من جنسه أو غيره " ^(٤).

والصرف من فروع عقد البيع ويذكر في بابه ، وهو جائز بالإجماع ومستتد منه الكتاب عموم الآيات والأحاديث الدالة على حل البيع ، وهو نوع منه .

ولحديث : « لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَلَا تُثَبِّفُوا ^(٥) بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَلَا تُثَبِّفُوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِتَّاجِرٍ » ^(٦) . قال ابن رشد : " وهو أصح ما روي في هذا الباب " ^(٧) .

^(١) القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٩ .

^(٢) سورة الأعراف : آية ١٤٦ .

^(٣) انظر (م : صرف) : الزعشمري / أساس البلاغة : ٣٥٣ ؛ الجوهري / الصحاح : ١٣٨٦/٤ ؛ ابن منظور /

لسان العرب : ١٨٩/٩ - ١٩٠ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ١٥٢ ؛ الأصفهاني / المفردات في غريب

القرآن : ٢٧٩ .

^(٤) البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٠١/٢ . وانظر : البهوتي / كشف القناع : ٢٦٦/٣ .

^(٥) الشف : الربح والزيادة ، والشف : النقصان أيضا ، فهو من الأضداد . يقال شَفَّ الدَّراهم يَشِفُّ : إذا زاد وإذا انقص . [انظر : ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر : ٤٨٦/٢] .

^(٦) تاجر : أي حاضر ، وبعته تاجرًا بتاجر : أي يدا بيد . [الفيومي / المصباح المنير : ٢٢٦]

الحديث متفق عليه ، من حديث أبي سعيد الخدري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٢١/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب بيع الفضة بالفضة (٧٨) ،

الحديث (٢١٧٧) .

مسلم ، الصحيح : ١٢٠٨/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب الربا (١٤) ، الحديث (١٥٨٤/٧٥) .

^(٧) بداية الاجتهاد : ١٤٧/٢ .

فدل ذلك على مشروعية الصرف ، وأنه يشترط فيه قبض البدلين قبل الافتراق بالإجماع^(١).

من فتاوى جمع الفقه الإسلامي :

أولاً . في ذكر حكم العملات الورقية :

العملات الورقية " نقود اعتبارية فيها صفة الثمنية كاملة ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامهما " (٢) .

ثانياً : في ذكر حكم صور القبض الحكمي المعاصرة :

إن من صور القبض الحكمي المعاصرة للمعترة شرعاً وعرفاً والتي أقرها مجمع الفقه الإسلامي ما يلي :

" ١ - القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية :

(أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية .

(ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملية أخرى لحساب العميل .

(ج) إذا اقتطع المصرف — بأمر العميل — مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى ، في المصرف نفسه أو غيره ، لصالح العميل أو لمستفيد آخر ، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية .

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي ، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل . على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المعتبرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي .

(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٢١٤ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢١٥/٥ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٤٧/٢ — ١٤٨ ؛ ابن حزم / القوانين الفقهية : ١٦٥ ؛ ابن المنذر / الإجماع : ٥٤ ؛ الشربيني / مفتي المحتاج : ٢٥/٢ ؛ البهوتي / كشاف القناع : ٢٦٦/٣ ؛ ابن حزم / الخلى : ٤٣٦/٧ ؛ الشوكاني / نيل الأوطار : ٢١٩/٥ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثالثة ، العدد الثالث ، الجزء الثالث ، قرار رقم : (٩) د ٨٦/٧٠ ، بشأن ((أحكام النقود الورقية وتغير قيمة العملة)) : ١٩٦٥ .

٢- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف " (١) .

أما بطاقة الائتمان وهي : مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ، فقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي تأجيل البت في التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان وحكمها لإجراء مزيد من البحوث (٢) .

٦. السلم (٣) :

السلم من فروع عقد البيع ويذكر في بابه ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع .
أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَسْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ (٤) . والأمر بكتابته فرع مشروعيته ، وهذه الآية نزلت في السلم خاصة ، ثم هي تناول جميع المدائيات إجماعاً (٥) . قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مُسَمًّى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآية (٦) .

وأما السنة : فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ فَقَالَ : « مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » (٧) .

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الأول ، قرار رقم : (٦/٤/٥٥) ، بشأن

القبض ، صوره وبخاصة المستحقة منها وأحكامها : ٧٧١-٧٧٢ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، الجزء الأول ، قرار رقم : ٧/١/٦٥ ، بشأن

الأسواق المالية : ٧١٧ .

(٣) انظر تعريف السلم ، ص : ٣٦ ، ش : ٢ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٥) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٣/٣٧٧ .

(٦) انظر : المرغباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٧/٧٠ ؛ القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٣/٣٧٧ ؛ ابن

قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤/٣٣٨ ؛ الشوكاني / نيل الأوطار : ٥/٢٥٦ .

(٧) تقدم تخريجه ؛ ص : ٣٨ .

وروى البخاري عن مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي مُحَالِدٍ ^(١) قَالَ : أُرْسِلَنِي أَبُو بُرْدَةَ ^(٢) وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَدَادٍ ^(٣) إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِيزٍ ^(٤) وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي أَوْفَى ^(٥) فَسَأَلْتُهُمَا عَنِ السَّلَفِ فَقَالَا :

^(١) عبد الله بن أبي الجاهل ، الجاهلي ، الكوفي مولى عبد الله بن أبي أوفى ، ويقال اسمه عبد ، من التابعين ، ثقة .
روى عن مولاة ، وعبد الرحمن بن أبيزى ، وعبد الله بن شداد ، وغيرهم . وعنه : شعبة ، وأبو إسحاق الشيباني وإسماعيل السدي ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / مُقَدِّيبُ التَهْذِيبِ : (٣٣٩/٥) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٥٥٠، ٣٢٠)] .
^(٢) الحارث ، أبو بُرْدَةَ بن أبي موسى الأشعري (- ١٠٤ هـ) : الفقيه ، قيل : اسمه عامر ، وقيل : اسمه كتيبة . ثقة ، من الطبقة الوسطى من التابعين عند ابن حجر . روى عن أبيه ، وعلي ، وحذيفة ، وعبد الله بن سلام والأغر المزني ، والمغيرة ، وعائشة وابن عمر ، وابن عمرو بن العاص ، والأسود بن يزيد النخعي ، وعروة بن الزبير وهو من أقرانه ، وغيرهم .
وروى عنه : أولاده سعيد وبلال ، وحفيده أبو بُرْدَةَ يزيد بن عبد الله بن أبي بُرْدَةَ ، والشعبي وهو من أقرانه ، وقادة ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / مُقَدِّيبُ التَهْذِيبِ : (٢١/١٢ - ٢٢) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٦٢١)]
^(٣) عبد الله بن شَدَاد بن الهَادِ الشَّيْبِي المديني (- ٨١ هـ وقيل بعدها) : أبو الوليد ، من كبار التابعين الثقلات ، فقيهاً ، كثير الحديث . ولد على عهد النبي ﷺ ، وأمه سلمى بنت عميس الخثعمية أخت أسماء . كان يأتني الكوفة . وشهد مع علي يوم النهروان . توفي في ولاية الحجاج على العراق . روى عن أبيه ، وعمر ، وطلحة ، ومعاذ ، والعباس ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وغيرهم . وعنه : سعد بن إبراهيم أبو إسحاق الشيباني ، ومعيد بن خالد ، والحكم بن عتيبة ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / مُقَدِّيبُ التَهْذِيبِ : (٢٢٢/٥) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٣٠٧)] .
^(٤) عبد الرحمن بن أَبِيزٍ ، بفتح الحزنة وسكون الموحدة بعدها زاي ، مقصور ، الحِزْاعِي : صحابي صغير ، سكن الكوفة . وكان في عهد عمر رجلاً وكان على خرسان لعلي . قارئ لكتاب الله ، عالم بالفرائض .

روى عن النبي ﷺ وعن أبيه ، وأبي بكر ، وعمر ، وعلي ، وأبي بن كعب ، وغيرهم . وروى عنه : ابنه عبد الله وسعيد ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، والشعبي ، وأبو مالك الغفاري ، وغيرهم .
[انظر : ابن الأثير / أسد الغاية : (٣١٨-٣١٩) ؛ ابن حجر / الإصابة : (٣٨٨-٣٨٩) ؛ ابن حجر /

تقريب التهذيب : (٣٣٦)]

^(٥) عبد الله بن أبي أَوْفَى علقمة بن خالد بن الحارث الأسلمي (- ٨٧ هـ) : أبو معاوية ، صحابي شهد الحديبية ، وبايع بيعة الرضوان ، وشهد خيبر وما بعدها من المشاهد . لم يزل بالمدينة حتى قبض رسول الله ﷺ ثم تحول إلى الكوفة ، وعثر بعد النبي ﷺ دهرًا ، وهو آخر من مات بالكوفة من الصحابة . روى عنه : إسماعيل بن أبي خالد ، والشعبي ، وعبد الملك بن عمر ، وغيرهم .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغاية : (٧٨-٧٩) ؛ ابن حجر / الإصابة : (٢٧٩-٢٨٠) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٢٩٦)] .

« كُنَّا نُصِيبُ الْمُعَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَكَانَ يَأْتِينَا أَتْبَاطٌ ^(١) مِنْ أَتْبَاطِ الشَّامِ فَنَسْلِفُهُمْ فِي الْجَنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّرِيبِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى . قَالَ : قُلْتُ : أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ ؟ قَالَا : مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ » ^(٢).

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ^(٣).

ولأن الحاجة تقتضيه ، فللمزارعين والتجار يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعلى مزروعاتهم وتجارتهم ، وقد تنقصهم النفقة ، فجوز لهما السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بشراء المسلم فيه بسعر رخيص ^(٤).

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي : السلم وتطبيقاته المعاصرة :

جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة ما يلي :

" قرر أولاً بشأن السلم ما يلي :

" أ — السلع التي يجري فيها عقد السلم تشمل كل ما يجوز بيعه ويمكن ضبط صفاته ويثبت ديناً في الذمة ، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات .

ب — يجب أن يحدد لعقد السلم أجل معلوم ، إما بتاريخ معين ، أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع ولو كان ميّعاد وقوعه يختلف اختلافاً يسيراً لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد .

ج — الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط ، على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم .

د — لا مانع شرعاً من أخذ المسلم (المشتري) رهناً أو كفيلاً من المسلم إليه (البائع) .

^(١) أتباط جمع تبط : جيل من الناس كانوا يزلون سواد العراق ثم استعمل في أحلاط الناس وعوامهم . [انظر : (م : نبط) : الفيومي / المصباح المنير : ٢٢٥] .

^(٢) رواه البخاري .

البخاري ، الصحيح ، شرح ابن حجر : ١٨٩ / ٥ ، كتاب السلم (٣٥) ، باب السلم إلى أجل معلوم (٧) ، حديث (٢٢٥٥)

^(٣) انظر : الإجماع : ٥٤ . وانظر : المرغيناني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٧٠ / ٧ ؛ القراني / الذخيرة : ٢٢٤ / ٥ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢٨٩ / ٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٣٨ / ٤ .

^(٤) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٣٨ / ٤ .

هـ — يجوز للمسلم (المشتري) مبادلة المسلم فيه بشيء آخر — غير النقد — بعد حلول الأجل ، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه ، حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع ، وذلك بشرط أن يكون البديل صالحاً لأن يجعل مسلماً فيه برأس مال السلم .

و — إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل فإن للمسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله ، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة .

ز — لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه ، لأنه عبارة عن دين ، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند التأخير .

ح — لا يجوز جعل الدين رأس مال للمسلم لأنه من بيع الدين بالدين .

قرر ثانياً بشأن (التطبيقات المعاصرة للسلم) :

يعد السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية ، من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة ، سواء أكان تمويلًا قصير الأجل أم متوسطه أم طويله ، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء ، سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين أم الصناعيين أم المقاولين أم من التجار ، واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى .

ولهذا تعددت مجالات تطبيق عقد السلم ، ومنها ما يلي :

أ — يصلح عقد السلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة ، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها ويسلموها إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم ، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعاً بالغاً ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عن تحقيق إنتاجهم .

ب — يمكن استخدام عقد السلم في تمويل النشاط الزراعي والصناعي ، ولا سيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج السلع والمنتجات الراضجة وتصديرها ، وذلك بشرائها سلماً وإعادة تسويقها بأسعار مجزية .

ج — يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات أو مواد أولية كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها .

ويوصي المجلس باستكمال صور التطبيقات المعاصرة للسلم بعد إعداد البحوث المتخصصة^(١).

٧. القرض :

القرض لغة : بفتح القاف ، وحُكي كسرُها ، مصدر قَرَضَ الشيء يُقْرِضُهُ : إذا قطعه . والقَرَضُ اسم مصدر . بمعنى الإقراض^(٢).

وشرعا : " دفع مال إرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله " ^(٣).

وسُمِّيَ المدلول الشرعي قرضا ؛ لأنه قطعة من مال المقرض ، أي ذو قطعة منه ^(٤).

والقرض جائز بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ ^(٥) . هذه الآية تتناول جميع المدائين إجماعا والقرض منها ، فالأمر بالمكاتبة دليل المشروع ^(٦).

وللآيات الكثيرة المفيدة للثناء على القرض^(٧)، منها : قوله تعالى : ﴿ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً ﴾ ^(٨) ، فقد شبه الله سبحانه وتعالى الأعمال الصالحة والإنفاق في سبيل الله بالمال المُقْرِض ، وشبه الجزاء المضاعف بِبَدَلِ القرض ، ومشروعية المُشْبِه تدل على مشروعية المُشْبِهِ به .

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة السابعة — العدد السادس والعشرون ١٤١٦ هـ ، فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ ، الموافق ١٦ أبريل ١٩٩٥ م ، قرار رقم : ٩٥/٢/٨٩ — ٢١٨ — ٢٢٠ .

(٢) انظر (م : قرض) : أساس البلاغة : ٥٠٢ ؛ المصباح المنير : ١٩٠ ؛ المفردات في غريب القرآن : ٤٠٠ .

(٣) ابن النجار / منتهى الإرادات : ٢٢٤/٢ — ٢٢٥ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٣١٢/٣ . وانظر : المدواوي /

الإنصاف : ١٢٣/٥ .

(٤) انظر : القرافي / الفروق : ٢/٣ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٦) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٣٧٧/٣ .

(٧) انظر : الرملي / نهاية المحتاج وحاشية الشيرازي عليه : ٢٢٠/٤ .

(٨) سورة البقرة : آية ٢٤٥ .

وأما السنة : فالأحاديث الدالة على مشروعية القرض كثيرة ، منها : فعله ﷺ ، فقد روى أبو رافع ^(١) أن رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا ، فَقَدِمَتْ عَلَيْهِ إِبِلٌ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ ، فَأَمَرَ أَبَا رَافِعٍ أَنْ يَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ ، فَرَجَعَ إِلَيْهِ أَبُو رَافِعٍ فَقَالَ : لَمْ أَجِدْ فِيهَا إِلَّا خِيَارًا رُبَاعِيًّا ، فَقَالَ : « أَعْطِيهِ إِيَّاهُ ، إِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً » ^(٢) .
وأجمع المسلمون على جواز القرض ^(٣) .

وهو من المرافق المندوب إليها للمقرض لما فيه من تفريغ وقضاء حاجة أخيه المسلم أشبه الصدقة عليه ^(٤) .

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي :

أولاً . أثر تغير قيمة العملة في وفاء الديون :

قد يخل أجل القرض ، وقد تغيرت قيمة العملة من حيث قيمتها وقوتها الحقيقية بحيث لا يكون المدفوع عدداً عند الأجل ، مكافئاً للمدفوع عند بدء التعامل ، فما أثر هذا التغير على رد القرض ؟

إن الجواب على هذا يتلخص في ذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن تغير قيمة العملة ، فقد جاء فيه : " أن العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة

^(١) أسلم ، المشهور بأبي رافع (- ٣٥ هـ) : مولى رسول الله ﷺ . غلبت عليه كنيته ، واختلف في اسمه ، فقيل أسلم وهو أشهر ما قيل ، وقيل : اسمه إبراهيم ، وقيل : هرمز . كان قبطياً ، وكان عبداً للعباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي ﷺ فلما بشر أبو رافع النبي ﷺ بإسلام العباس اعتقه . شهد أبو رافع أحد وما بعدها . مات بالمدينة آخر خلافة عثمان رضي الله عنه . روى عنه : ابنه عبيد الله والحسن ، وعطاء بن يسار . [انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : (٩٣/١ - ٩٤) ؛ ابن عبد البر / الاستيعاب : (٨٥/١ - ٨٧) ؛ ابن حجر / الإصابة : (٣٨/١) .]

^(٢) رواه مسلم .

مسلم ، الصحيح : ١٢٤/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب من استلف شيئا ففقد خيرا منه (٢٢) ، حديث (١٦٠٠/١١٨) .

^(٣) انظر : الخصكي / البر المختار : ١٦١/٥ ؛ القرافي / الدخيرة : ٢٨٥/٥ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢٢٢/٣ ؛ المنذر / الإجماع : ٥٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٨٢/٤ .

^(٤) انظر : البهري / شرح منتهى الإرادات : ٢٢٥/٢ .

لأن الديون تقضى بأمانها فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أيا كان مصدرها بمستوى الأسعار " (١) .

ثانياً . الودائع المصرفية (حسابات المصارف) :

تعد الودائع المصرفية (حسابات المصارف) من صور التطبيقات المعاصرة للقرض .
أما حكمها فقد جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بخصوص موضوع الودائع المصرفية (حسابات المصارف) ما يلي :

" أولاً — الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي ، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها وهو ملزم شرعاً بالرد عند الطلب . ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك المقرض مليئاً " .

وجاء في الفقرة الثالثة من القرار : " أن الضمان في الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) هو على المقرضين لها (المساهمين في البنوك) ماداموا ينفردون بالأرباح المتولدة من استثمارها ، ولا يشترك في ضمان تلك الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار ، لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها " . (٢)

٨ . الرهن :

لغة : الثبوت والدوام ، يقال رَهَنَ الشيء دَامَ وَثَبَّتَ ، ومنه ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ (٣) . والرَّهْنُ حبس الشيء بأي سبب كان ، يقال : رهنته للمناع بالدين رهناً أي حبسته به فهو مرهون . ويطلق على العين المرهونة تسمية للمفعول باسم المصدر ، والمُرْتَهِنُ

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثالث ، قرار رقم : (٤) بشأن تغير قيمة العملة : ٢٢٦١ .

(٢) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة السابعة — العدد السادس والعشرون ١٤١٦ هـ ، فتاوى مجلس مجمع

الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ ، الموافق ١ — ٦ أبريل ١٩٩٥ م ، جزء من قرار رقم : ٩٥/٣/٩٠ بشأن " الودائع المصرفية (حسابات

المصارف) : ٢٢١ .

(٣) سورة المذثر : آية ٣٨ .

الذي يأخذ الرهن ، والشئ مَرهُونٌ وَرَهْنٌ . وجمع الرهنُ رَهَانٌ مثل خَبَلٍ وَجِبَالٍ ، ويجمع أيضا على رُهُونٍ مثل فلس وفلوس . وقيل الجمع رُهْنٌ مثل فِرَاشٍ وفُرُشٍ^(١) .

وشرعا : جعل عين مالية وثيقة بحق يمكن استيفاءه أو بعضه منها أو من ثمنها^(٢) .

والرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(٣) . وهو أمر وارد بصيغة الإخبار ومعناه وإن كنتم مسافرين ولم تجدوا رجلا

يكتب فارقموا رهنا مقبوضا وثيقة بأموالكم ، وليس في كون الرهن في الآية في السفر حظره في غيره ، بل يدخل في ذلك بالمعنى كل عذر في السفر والحضر^(٤) .

وأما السنة : فحديث عائشة رضي الله عنها : ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ وَرَهْنَهُ دَرْعًا لَهُ مِنْ حَلِيلٍ))^(٥) .

وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((الرَّهْنُ يُرَكَّبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرَهُونًا وَلَكِنْ الدَّرُّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرَهُونًا وَعَلَى الَّذِي يَرَكَّبُ وَيَشْرَبُ التَّفَقُّةُ))^(٦) .

وأما الإجماع ، فأجمع المسلمون على جواز الرهن^(٧) .

(١) انظر (م : رهن) : الرعشري / أساس البلاغة : ٢٦٢ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ١٨٨/١٣ وما بعدها / الرازي / مختار الصحاح : ١٠٩ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ٩٢ .

(٢) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٢٨/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٩٤٠) : ٣٢٤ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٤) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٤٠٧/٣ - ٤٠٨ .

(٥) متفق عليه .

(٦) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٤٤٠/٥ ، كتاب الرهن (٤٨) ، باب من رهن درعه (٢) ، حديث (٢٥٠٩) .

(٧) مسلم ، الصحيح : ١٢٢٦/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر (٢٤) ، حديث (١٦٠٣) .

(٨) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٤٤٢/٥ ، كتاب الرهن (٤٨) ، باب الرهن مركوب وعلوب (٤) ، حديث (٢٥١٢) .

(٩) انظر : المرغيناني / الهداية : ١٣٥/١٠ ؛ القرائي / الذخيرة : ٧٥/٨ ؛ الشافعي / الأم : ١٤١/٣ ؛ ابن المنذر / الإشراف على مذاهب أهل العلم : ٢١/٢ ؛ ابن المنذر / الإجماع : ٥٧ ؛ ابن قدامة / المعنى على مختصر الحرقى : ٣٩٨/٤ .

ومشروعية الرهن ثابتة بالدليل العقلي أي بالقياس ؛ لأن للدين طرفين طرف وجوب وطرف استيفاء ، حيث يثبت الدين أولاً في الذمة فيحصل بذلك طرف الوجوب ، ثم يستوفي المال بعد ذلك وبذلك يتحقق طرف الاستيفاء ، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة ، فكذا الوثيقة التي تختص بالمال ، بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه ^(١)

٩. الكفالة ^(٢):

الكفالة لغة : بمعنى الضم والعلو ^(٣) .

والكفيل الضامن . وكَفَّلَ المال وبالمال : ضَمَّنَهُ ، وأَكْفَلَهُ المَالُ ضَمَّنَهُ إِياه . وكَفَّلَ الرجل يَكْفِلُ وَيَكْفُلُ كَفَالَةً : ضَمَّنَهُ ^(٤) .

وشرعا : هي التزام إحضار من عليه حق مالي إلى ربه ^(٥) .

وهذا التعريف لكفالة النفس وهي أحد نوعي الكفالة . أما الثاني فهو كفالة المال ، وهي : " ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما " ^(٦) .

والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقلوه تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(٧) . والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل بمعنى واحد ، فدللت هذه الآية على جواز الكفالة ؛ لأن المؤذن الضامن هو يوسف عليه الصلاة والسلام ^(٨) .

(١) انظر : المرغنياني / الهداية : ١٣٥/١٠ — ١٣٦ ؛ الباري / العناية على الهداية : ١٣٥/١٠ — ١٣٦ .

(٢) وعنونوا لها بالضمان يقال ضمن وكفيل وزعيم وصير بمعنى واحد . [انظر : الكاساني / بدائع الصانع : ٢/٦ ؛ ابن حزم / القوانين الفقهية : ٢١٣ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ١٠٩/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣٢٩/٣ ؛ الشربيني / مغني اختاج : ١٩٨/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٧٠/٥ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٧٠/٥ .

(٣) انظر (م : كفّل) : الفيومي / المصباح المنير : ٢٠٥ .

(٤) انظر : (م : كفّل) : الرازي / مختار الصحاح : ٢٣٩ ، ابن منظور / لسان العرب : ٥٨٨ وما بعدها .

(٥) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٠٦٦) : ٣٥٤ . وانظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٥٢/٢ .

(٦) ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٧٠/٥ .

(٧) سورة يوسف : آية ٧٢ .

(٨) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٢٣١/٩ ، ٢٣٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٧٠/٥ .

وأما السنة : فما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ : « الْعَارِبَةُ مُؤَدَّةٌ ، وَالْمَحَنَةُ مُرْدُودَةٌ ، وَالَّذِينَ مَقْضِيٌّ ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ » ^(١) .

وَعَنْ سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ ^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : « كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ إِذْ أُنْشِيَ بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا : صَلِّ عَلَيْهَا ، فَقَالَ : « هَلْ عَلَيْهِ ذَيْنِ ؟ » قَالُوا : لَا ، قَالَ : « فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا ؟ » قَالُوا : لَا . فَصَلَّى عَلَيْهِ . ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلِّ عَلَيْهَا ، قَالَ : « هَلْ عَلَيْهِ ذَيْنِ ؟ » قِيلَ : نَعَمْ ، قَالَ : « فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا ؟ » قَالُوا : ثَلَاثَةٌ دَنَانِيرَ . فَصَلَّى عَلَيْهَا . ثُمَّ أُتِيَ بِالثَّلَاثَةِ فَقَالُوا : صَلِّ عَلَيْهَا ، قَالَ : « هَلْ تَرَكَ شَيْئًا ؟ » قَالُوا : لَا ، قَالَ : « فَهَلْ عَلَيْهِ ذَيْنِ ؟ » قَالُوا : ثَلَاثَةٌ دَنَانِيرَ ، قَالَ : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » قَالَ أَبُو قَتَادَةَ ^(٣)

(١)

جزء من حديث رواه الترمذي ، وأبو داود ، وابن ماجه ، وأحمد ، عَنْ أَبِي أَمَامَةَ الْبَاهِلِيِّ .
قَالَ أَبُو عِيْسَى وَهِيَ الْفَاتِيحَةُ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَارِجَةَ وَأَنْسٍ وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي أَمَامَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ .

الترمذي ، السنن : ٣٧٦/٤ - ٣٧٧ ، كتاب الوصايا (٣١) ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٥) ، حديث (٢١٢٠) .

أبو داود ، السنن : ٨٢٤/٣ - ٨٢٥ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب في تضمين العاربية (٩٠) ، حديث (٣٥٦٥) .

ابن ماجه ، السنن : ٨٠١/٢ - ٨٠٢ ، كتاب الصدقات (١٥) ، باب العاربية (٥) ، حديث (٢٣٩٨) ، (٢٣٩٩) .

أحمد ، المسند : ٣٠٤/٨ ، مسند الأنصار ، حديث أبي أمامة الباهلي صُدِّيَ بِنِ عَجَلَانَ بِنِ عَمْرٍو بِنِ وَهَبِ الْبَاهِلِيِّ (٧٠٩) ، حديث (٢٢٣٥٧) .

(٢)

سَلَمَةُ بْنُ عَمْرِو بْنِ سَنَانِ الْأَكْوَعِ الْأَسْلَمِيُّ (- ٧٤ هـ) : أَبُو مُسْلِمٍ ، وَقِيلَ أَبُو عَامِرٍ ، وَقِيلَ أَبُو لَيْسَانَ وَهُوَ الْأَكْبَرُ . صَحَابِي جَلِيلٌ . مِنْ الَّذِينَ بَايَعُوا الرَّسُولَ ﷺ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فِي بَيْعَةِ الرُّضْوَانِ . سَكَنَ الْمَدِينَةَ ثُمَّ

انْتَقَلَ فَسَكَنَ الرَّبَذَةَ . غَزَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَبْعَ غَزَوَاتٍ ، وَكَانَ رَامِيًا عَدَاءً . لَهُ شَيْعٌ وَسَبْعُونَ حَدِيثٌ .
[انظر : الذهبي / سير أعلام النبلاء : (٣٢٦/٣ - ٣٣١) ؛ ابن حجر / تهذيب التهذيب : (١٣٢/٤ - ١٣٤) ؛ ابن الأثير / أسد الغابة : (٢٧١/٢ - ٢٧٢) ؛ ابن حجر / الإصابة : (٦٧-٦٦/٢) ؛ الزركلي / الأعلام : (١١٣/٣)] .

(٣)

الْحَارِثُ بْنُ رَبِيعٍ ، بِكْسَرِ الرَّاءِ وَسُكُونِ الْمُوَحَّدَةِ بَعْدَهَا مَهْمَلَةٌ ، ابْنُ بُلْدُمَةَ الْأَنْصَارِيِّ السُّلَمِيِّ بِفَتْحِ حَيْنِ (٥٤ هـ) : أَبُو قَتَادَةَ ، وَيُقَالُ عَمْرٍو أَوْ النُّعْمَانُ . فَارِسٌ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اِخْتَلَفَ فِي شَهْرِهِ بَدْرًا ، وَشَهِدَ أَحَدًا وَمَا بَعْدَهَا . تَوَفَّى بِالْكُوفَةِ عَلَى خِلَافَةِ عَلِيٍّ بَعْدَ أَنْ شَهِدَ مَعَهُ مَشَاهِدَهُ .

رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَعَنْ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ، وَعَمْرِو بْنِ الْخَطَّابِ . وَعَنْهُ : وَلَدَاهُ ثَابِتٌ وَعَبْدُ اللَّهِ ، وَمَوْلَاهُ أَبُو مُحَمَّدٍ نَافِعُ بْنُ عَبَّاسٍ بْنِ الْأَقْرَعِ ، وَأَنْسُ بْنُ مَالِكٍ ، وَجَاهِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَغَيْرُهُمْ . =

صَلَّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيْ دِينُهُ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ »^(١).

فقد أقر رسول الله ﷺ ضمان أبي قتادة ، وصلى على الميت من أجل ذلك .
وأجمع المسلمون على جواز الكفالة في الجملة^(٢) .

١٠. الحوالة :

الحوالة لغة : بفتح الحاء وكسرهما ، مشتقة من التحول ، لأنها تُحوَّل الحق من ذمة
المحيل إلى ذمة المحال عليه أو من ذمة إلى ذمة أخرى ، تقول : حال عن العهد : أي أَقْلَبَ
عنه^(٣) .

وشرعا : انتقال مال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(٤) .

والحوالة عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس مُحَوَّلًا على غيره ، وهي براءة من دين ليس
فيها قبض ممن عليه الدين (المحيل) ولا ممن يدفع عنه (المحال عليه) . أشبه الإبراء منه^(٥) .
وهي ثابتة بالسنة لحديث : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتِيَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِثْلِي فَلْيَتَّبِعْ »^(٦) .
وأجمع الفقهاء على جوازها في الجملة^(٧) .

= [انظر : ابن حجر / الإصابة : ١٥٨/٤ ؛ ابن عبد البر / الاستيعاب : ١٦١/٤ ؛ ابن حجر /
مقديس التهذيب : ٢٢٤/١٢ ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : ٢٦٦] .

رواه البخاري .^(١)

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢٣١/٥ ، كتاب الحوالة (٣٨) ، باب إذا أَحَالَ دِينَ الْمُسَوِّ عَلَى
رَجُلٍ جَزَ (٣) ، حديث (٢٢٨٩) .

انظر : ابن الممام / فتح القدير : ١٦٣/٧ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣٢٩/٣ -
٣٣٠ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ١٩٨/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٧١/٥ .^(٢)

انظر : مادة (حول) : الفيومي / المصباح المتير : ٦٠ - ٦١ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٦٨ .^(٣)

كقول زيد لعمر : أحلتك بديتك على محمد . فزيد المحيل ، وعمر المحال ، ومحمد المحال عليه .^(٤)

انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٥٦/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١١٥٥ : ٣٧٤ .^(٥)

انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٥٦/٢ .^(٦)

متفق عليه ، من حديث أبي هريرة .^(٧)

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢٢٨/٥ ، كتاب الحوالة (٣٨) ، باب الحَوَالَةِ وَهَلْ يَرْجِعُ فِي
الْحَوَالَةِ ، حديث (٢٢٨٧) .

مسلم ، الصحيح : ١١٩٧/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب تحريم مطلق الغني . وصحة الحوالة ،
واستحباب قبرها إذا أُحِيلَ على ملي (٧) ، حديث (١٥٦٤) .

انظر : المرغيناني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٢٣٩/٧ ؛ التسلي / الهجة شرح التحفة : ٥٥/٢ ؛^(٨)

التاوودي / حلي المعاصم : ٥٥/٢ ، الشربيني / مغني المحتاج : ١٩٣/٢ ؛ شرح منتهى الإرادات : ٢٥٦/٢ ؛
البهوتي / كشف القناع : ٣٨٢/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٤/٥ .

١١. الصُّلْحُ :

الصُّلْحُ لغة : التوفيق والسلم ، ومنه صلح الحديبية ، يقال : أصلحت بين القوم وفقت ، وتصلح القوم واصطلحوا زال ما بينهم من خلاف ^(١).

وشرعا : " معاهدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين فيه " ^(٢).

وهو ثابت بالإجماع ^(٣) المستند للنصوص القاطعة من الكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله تعالى ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ^(٤).

روى البخاري بسنده عن عائشة رضي الله عنها : ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ ^(٥) قَالَتْ : هِيَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ لَا يَسْتَكْبِرُ مِنْهَا فَيُرِيدُ طَلَاقَهَا وَيَتَزَوَّجُ غَيْرَهَا ، تَقُولُ لَهُ : أَمْسِكْنِي وَلَا تُطَلِّقْنِي ، ثُمَّ تَزَوَّجْ غَيْرِي ، فَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِنَ التَّفَقُّعِ عَلَيَّ ، وَالْقِسْمَةِ لِي ، فَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ^(٦).

وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ ^(٧).

وقال تعالى : ﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ ^(٨).

(١) انظر (م : صلح) : الفيومي / المصباح المتبر : ١٣٢ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٥٢٠/١ .

(٢) البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٦٠/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٦١٦) : ٤٩٤ .

هذا في تعريف الصلح على مال وأرى أنه ينطبق على سائر أنواع الصلح .

(٣) انظر : المرغباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٤٠٥/٨ ؛ الحارثي : ٣٥/٨ ؛ المنهاجي / جواهر العقود :

١٦٩/١ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ٧/٥ .

(٤) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٥) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٦) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٣٨١/١٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، باب { وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ

بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا } (٩٦) ، حديث (٥٢٠٦) .

(٧) سورة الحجرات : آية ٩ .

(٨) سورة النساء : آية ١١٤ .

وأما السنة : فحديث « الصَّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلْحًا حَرَّمَ خَلَالًا أَوْ أَحْلَلَ حَرَامًا ، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ خَلَالًا أَوْ أَحْلَلَ حَرَامًا »^(١).
وَعَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ لَهُ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي حَدَرْدٍ الْأَسْلَمِيِّ^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَيْنٌ فَلَقِيَهُ فَلَزِمَهُ فَتَكَلَّمَا حَتَّى ارْتَفَعَتْ أَصَوَاتُهُمَا فَمَرَّ بِهِمَا النَّبِيُّ ﷺ فَقَالَ : « يَا كَعْبُ ، وَأَشَارَ بِيَدِهِ كَأَنَّهُ يَقُولُ التَّصَفَّ . فَأَخَذَ نَصْفَ مَا عَاشِيَهُ وَتَرَكَ نَصْفًا »^(٤).

والصلح خمسة أنواع^(٥) :

أحدها : يكون بين مسلمين وأهل حرب ، بعقد الذمة أو الهدنة أو الأمان .

الثاني : بين أهل عدل وأهل بغي .

الثالث : بين زوجين خيف شقاق بينهما أو خافت الزوجة إعراض الزوج عنها .

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٢٩-٣٠

(٢) كعب بن مالك بن أبي بن كعب بن القين بن سواد بن غنم الأنصاري الخزرجي السلمي : أبو عبد الله ويقال : أبو بشر ، ويقال : أبو عبد الرحمن ، صحابي مشهور ، شهد العقبة وأحد وما بعدها ، وهو أحد الثلاثة الذين خلفوا ، وكان من شعراء الرسول ﷺ ، مات في خلافة علي . روى عن الرسول ﷺ وعن أسد بن حضير ، وروى عنه : أولاده وابن عباس وجابر وأبو أمامة وأبو جعفر محمد بن علي وعمر بن الحكم بن ثوبان وغيرهم .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : ١٨٧/٤-١٨٩ ؛ ابن حجر / الإصابة : ٣/٣٠٢ ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : ٤٦١] .

(٣) اسمه عبد وقيل عبيد وقيل سلامة بن عمر بن أبي سلامة بن سعد بن شساب بن الحارث بن عيس بن هوزان بن أسلم : أبو حَدَرْدٍ الْأَسْلَمِيِّ ، صحابي ، وهو والد أم الدرداء : خيرة ، زوجة أبي الدرداء . روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه عبد الله بن أبي حدرد الأسلمي ، ومحمد بن إبراهيم بن الحارث التميمي ، وأبو يحيى الأسلمي .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : ٦٩/٥-٧٠ ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : ٦٣٢] .
متفق عليه .

(٤) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٣٦٠/٥ ، كتاب الخصومات (٤٤) ، باب للملازمة (٩) ، حديث (٢٤٢٤) .

و : ٦٤٨/٥ ، كتاب الصلح (٥٣) ، باب هل يُشترُ الإمام بالصلح ؟ ، حديث (٢٧٠٦) .

مسلم ، الصحيح : ١١٩٣/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب استحباب الوضع من الدين ، حديث (١٥٥٨/٢١) .

(٥) انظر : البهري / شرح منتهى الإرادات : ٢/٢٦٠ ، البهري / كشف القناع : ٣/٣٩٠-٣٩١ ؛ ابن

قدامة / المغني على مختصر الخراقي : ٣/٥ .

الرابع : بين متخصصين في غير مال .

الخامس : بين متخصصين في مال ، وهو قسمان :

- ١- صلح على إقرار ، كأن يقر شخص لآخر بدين معلوم أو يقر له بعين بيده كقطعة أرض ، فيضع المقر له عن المقر بعض الدين كنصفه أو ثلثه أو ربعه ، أو يهب له بعض العين المقر بها ويأخذ الباقي من الدين أو العين ، فيصح ذلك بالاتفاق^(١).
- ٢- صلح على إنكار ، كأن يدعي شخص على آخر ديناً أو عينا ، فينكر المدعى عليه أو يسكت وهو لا يعلم المدعى به ، ثم يصالحه عنه ببعض الحق المدعى به قطعاً للمنازعة . وهذا النوع جائز عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وغير جائز عند الشافعية^(٢) .

١٢. الوكالة :

الوكالة لغة : الوِ كالة اسم مصدر بمعنى التوكيل ، وهي لغة التفويض . يقال : وكلت أمري إلى الله : أي فوضته إليه واكتفيت به . وقد تُطلق ويراد بها الحفظ^(٣) ، ومنه قوله تعالى ﴿ وَمَا أَلَيْتُ عَلَيْهِمْ يَوْكِيلًا ﴾^(٤) .

وشرعا : تقدم بيان معناها^(٥) .

والأصل في جواز الوكالة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِيهَا إِنْ يَرِئِدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾^(٦) .

قال ابن المنذر : " لأن الحكام الباعثين بالحكمين يجعلون إليهما أمر الزوجين " ^(٧) .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٤٠/٦ ؛ ابن رشد / بداية الاجتهاد : ٢٢١/٢ ؛ الشربيني / مغني المحتاج :

١٧٧ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٦٠/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣/٥ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٤٠/٦ ؛ ابن رشد / بداية الاجتهاد : ٢٢١/٢ ؛ الشربيني / مغني المحتاج :

١٧٩/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإزادات : ٢٦٣/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣/٥ .

(٣) انظر (م : وكل) : الفيومي / المصباح المنير : ٢٥٧ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ١٠٥٤/٢ -

١٠٥٥ .

(٤) سورة الأنعام : آية ١٠٧ .

(٥) انظر ، ص : ٦٥ .

(٦) سورة النساء : آية ٣٥ .

(٧) الإشراف على مذاهب أهل العلم : ٢٩٢/٣ .

أما السنة : فعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَبِيرٍ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ وَقُلْتُ لَهُ : إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَبِيرٍ . فَقَالَ : « إِذَا أَتَيْتَ وَكَيْلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسُقَا ، فَإِنْ أَتَيْتَ مِنْكَ آيَةٌ ، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرَفُوفِهِ » (١) . فَأَحْزَنَ أَنْ لَهُ وَكَيْلًا .

وَعَنْ عُرْوَةَ (٢) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً فَأَشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاعَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةً فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى الثَّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ (٣) .

وأما الإجماع : فإن الأمة أجمعت على جواز التوكيل ، فالحاجة داعية إليه (٤) .

١٣ . الشركة :

الشركة لغة : الشَّرَكَةُ والشَّرَكَةُ خلط النصيبين بحيث لا يَتَمَيَّز أحدهما عن الآخر ، يقال : اشتركنا بمعنى تشاركنا . وشاركت فلاناً صرت شريكه . وتطلق الشركة على الاختلاط الذي هو صفة للمال ، وتطلق على خلط الشريكين أي فعلهما ، وتطلق كذلك على العقد نفسه ، لأنه سبب الخلط (٥) .

وشرعا : " الاجتماع في استحقاق أو تصرف " (٦) .

(١) رواه أبو داود .

أبو داود ، السنن : ٤/٤٧ ، كتاب الأقضية (١٨) ، باب في الوكالة (٣٠) ، حديث (٣٦٣٢) .

قال الزيلعي : " أعله ابن القطان بآبَن إسحاق ، وأنكر على عبد الحق سكوته عنه ، فهو صحيح عنده " .

وقال ابن حجر : رواه أبو داود بسند حسن ، وعلق البخاري طرفا منه في أواخر كتاب الخمس . [نصب الراية : ٤/٩٤ . وانظر : تلخيص الحبير : ٣/٥١] .

(٢) عروة بن الجعد البازي وقيل الأزدي : صحابي ، كان فيمن حضر فتوح الشام ونزلها ثم سمره عثمان إلى الكوفة . روى عنه : الشعبي والسبيعي وسمك بن حرب وشريح بن هانئ وغيرهم . [ابن الأثير / أسد الغابة : ٣/٥٢٣] .

(٣) رواه البخاري

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٧/٣٤٢ ، كتاب المناقب (٦١) ، باب (٢٨) ، حديث (٣٦٤٢) .

(٤) انظر : البازي / العناية على الهداية : ٧/٤٩٩ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣/٣٧٧ ؛ المنهاجي / جواهر العقود : ١/١٩٣ ؛ ابن النذر / الإشراف على مذاهب أهل العلم : ٣/٢٩٢ - ٢٩٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥/٢٠١ .

(٥) انظر (م : شرك) : ابن منظور / لسان العرب : ١٠/٤٤٨ وما بعدها ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط :

١/٤٨٠ ؛ الفيروزي / المصباح المنير : ١١٨ ؛ الجوهري / الصحاح : ٤/١٥٩٣ .

(٦) المرادوي / الإنصاف : ٥/٤٠٧ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥/١٠٩ .

وهذا التعريف يشمل جميع أنواع الشركة الآتي ذكرها .

والأصل في جواز الشركة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ ^(١) .

وقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَثُرَ مِنْ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ ^(٢) . وَالْخُلَطَاءُ : هم الشُّرَكَاء ^(٣) .

وقوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ ^(٤) . فجعل الخمس مشتركا بين أهل الخمس ، وجعل أربعة أخماس الغنيمة مشتركا بين الغانمين ^(٥) .

وأما السنة : فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَفَعَهُ قَالَ : ((إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ أَنَا ثَلَاثُ الشَّرِيكِينَ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنَهُمَا)) ^(٦) .

وعَنِ السَّائِبِ ^(٧) قَالَ : أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَجَعَلُوا يُثْنُونَ عَلَيَّ وَيَذْكُرُونِي ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((أَنَا أَعْلَمُكُمْ بِعَنِّي بِهِ)) قُلْتُ : صَلَّيْتُ بِأَبِي أُنْتُ وَأُمِّي كُنْتُ شَرِيكِي فَنَعِمَ

(١) سورة النساء : آية ١٢ .

(٢) سورة ص : آية ٢٤ .

(٣) انظر : البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٢١/٧ - ١٢٢ ، كتاب أحاديث الأنبياء (٦٠) ، باب (وَاذْكُرْ عَبْدَنَا دَاوُدَ ذَا الْأَيْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ) إِلَى قَوْلِهِ (وَقَصَلِ الْخِطَابِ) (٣٩) .

(٤) سورة الأنفال : آية ٤١ .

(٥) انظر : المنهاجي / جواهر العقود : ١٨٥/١ .

(٦) رواه أبو داود من حديث أبي هريرة .

أبو داود ، السنن : ٦٧٧/٣ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب في الشركة (٢٧) ، حديث (٣٣٨٣) .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . [المستدرک : ٥٢/٢ ، كتاب البيوع] .

وصححه الذهبي في التلخيص . [انظر : الذهبي / التلخيص : ٥٢/٢] .

وقال ابن حجر : " صححه الحاكم ، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان ، والد أبي حيان وقد ذكره ابن حيان في الثقات ، وذكر أنه روى عنه أيضا الحارث بن يزيد لكن أعله الدارقطني بالإرسال فلم يذكر فيه أبا هريرة ، وقال إنه الصواب ، ولم يسنده غير أبي همام بن الزبرقان " . [تلخيص الحبير : ٤٩/٣] .

(٧) السَّائِبُ بن أبي السَّائِبِ صيفي بن عائد بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي : صحابي . كان شريك النسي صَلىَّ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل المبعث بمكة . وقد اختلف في إسلامه .

قال ابن شهاب : السائب بن أبي السائب ، هو الذي جاء فيه الحديث ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

نعم : الشريك ، كان لا يُشاري ولا يُماري . [انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : (١٦٣/٢) (١٦٤)] .

الشَّرِيكُ كُنْتُ لَا تُذَارِي وَلَا تُمَارِي^(١).

وأما الإجماع فإن أحدا من العلماء لم يخالف في جوازها في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها^(٢).

والشركة قسمان^(٣) :

الأول — شركة مال : وهي : الاجتماع في استحقاق عين بمنافعها أو دون منافعها أو

في استحقاق المنافع دون العين^(٤).

فهذا القسم يعتمد على أساس الاشتراك في امتلاك رأس المال ، كأن يرث اثنان عقارا فيصبح مشتركا بينهما ، أو أن يشتريا أرضا فتصبح ملكهما ، أو أن يوصى لهما بمنفعة دار لمدة محددة من الزمن فيقبلان .

^(١) رواه أبو داود ، وابن ماجة ، والحاكم .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

الحاكم ، المستدرک : ٦١/٢ ، كتاب البيوع ، باب الشركة في التجارة .

أبو داود ، السنن : ١٧٠/٥ ، كتاب الأدب (٣٥) ، باب في كراهية المراء (٢٠) ، حديث (٤٨٣٦) .

ابن ماجة ، السنن : ٧٦٨/٢ ، كتاب التجارات (١٢) ، باب الشركة والمضاربة (٦٣) ، حديث (٢٢٨٧) .

^(٢) انظر : للمرغباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ١٥٢/٦ ؛ المنهاجي / جواهر العقود : ١٨٦/١ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٢١١/٢ ؛ البهري / كشف القناع : ٤٩٥/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٠٩/٥ .

^(٣) انظر : للمرغباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ١٥٣/٦ ؛ الباري / العناية على الهداية : ١٥٣/٦ ؛ فتح

القدير : ١٥٣/٦ ؛ المحصفي / الدر المختار : ٢٩٩/٤ ، ٣٠٥ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر

المختار : ٢٩٩/٤ ؛ البهري / كشف القناع : ٤٩٦/٣ ؛ البهري / شرح منتهى الإرادات : ٣١٩/٢ ؛ ابن

قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٠٩/٥ .

تنبيه : يرى الباحث المتبع للشركة في الفقه الإسلامي أن الفقهاء قد قسموا الشركة إلى أقسام مختلفة منها ما هو متفق على جوازه بينهم ومنها ما هو مختلف فيه ، وقد انبثقت تقسيمهم للشركات على اختلافهم في القواعد التي ينشئ عليها التقسيم ، وضابط ذلك عند الفقهاء ما يلي : أما جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة فقد جعلوا المال والعمل والضمان أساسا في التقسيم .

أما الشافعية فقد جعلوا المال أساسا في تقسيم الشركات .

ويظهر هذا الضابط من خلال نصوص الفقهاء في معرض الحديث عن أقسام الشركات وتعليلهم لما يضح منها وما لا يضح . [انظر : ابن الممام / فتح القدير : ١٥٥/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٣٣٢) وشرحها

درر الحكم : ٣٦٣/١٠ — ٣٦٥ ؛ ابن رشد / بداية الجتهد : ١٩١/٢ — ١٩٢ ؛ الشربيني / مغني المحتاج :

٢١٢/٢ ؛ البهري / كشف القناع : ٤٩٦/٣ وما بعدها] .

^(٤) انظر : البهري / كشف القناع : ٤٩٦/٣ .

الثاني — شركة عقد : وهي : الاجتماع في التصرف ^(١) .

وتنقسم شركة العقد إلى خمسة أقسام :

الأول — شركة العنان : هي عقد شركة بين عدد على رأس مال معلوم لكل منهم

قدر معين ليعمل فيه جميعهم على أن يكون لكل منهم من الربح جزء مشاع معلوم ^(٢) .

ولا خلاف في جواز هذه الشركة ، بل في بعض شروطها ^(٣) .

الثاني — شركة المضاربة : وهي دفع مال معين معلوم لمن يتجر فيه بجزء مشاع معلوم

له من ربحه ^(٤) .

فهذا النوع من الشركة يقوم على أساس دفع رأس المال من جانب أحد الشركاء ،

والعمل من الشريك الآخر ، ويوزع الربح بينهما حسب الاتفاق ، والخسارة على رب

العمال وحده . وقد اتفق الفقهاء على جوازها ^(٥) .

الثالث — شركة الوجوه : وهي اشتراك شخصين فأكثر في ربح ما يشترانه في ذمهما

بجاههما ^(٦) .

وإذا فهذا النوع من الشركة يعتمد على مدى ثقة الناس بالشريكين من غير أن يكون

لهما رأس مال .

وشركة الوجوه جائزة عند الإمامين أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله ، ويرى للملكية

^(١) انظر : المرجع السابق .

^(٢) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٧٧٤ : ٥٣٦ . وانظر : المرداوي / الإنصاف : ٤٠٨/٥ .

^(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٥٨/٦ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٨٩/٢ ؛ المنهاجي / جواهر العقود

: ١٨٨/١ ؛ الماوردي / الحاوي : ١٥٧/٨ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٢١٢/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى

الإرادات : ٣٢٠/٢ ؛ المرداوي / الإنصاف : ٤٠٧/٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٢٢/٥ ،

١٢٤ .

^(٤) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٧٧٥ : ٥٣٦ . وانظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي :

١٣٤/٥ .

^(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٧٩/٦ ؛ القرافي / الذخيرة : ٢٤/٦ - ٢٥ ؛ ابن المنذر / الإشراف

على مذاهب العلماء : ٣٨/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٣٤/٥ .

^(٦) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٧٧٦ : ٥٣٦ . وانظر : المرداوي / الإنصاف : ٤٥٨/٥ ؛ ابن

قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٢٢/٥ .

والشافعية عدم صحتها ، فهي باطلة لما فيها من الغرر ^(١) .

الرابع — شركة الأبدان : وهي اشتراك اثنين فأكثر فيما يمتلكانه بأبدانهما من مباح أو يتقبلانه في ذمهما من عمل ^(٢) .

وإذا فهذا النوع من الشركة يعتمد على الحرفة والصناعة وضمن العمل .

وشركة الأبدان جائزة عند الإمام أبي حنيفة ^(٣) والمالكية ^(٤) والحنابلة ^(٥) ، إلا أن الإمام أبا حنيفة يرى أنها تصح في الصناعة ولا تصح في اكتساب المباح ^(٦) .

وعند المالكية تجوز بشرطين : أحدهما : اتفاق الصناعتين ، كالاشتراك في الخياطة والتجارة وغير ذلك من الصناعات ، أو تلازم بأن توقف عمل أحدهما على عمل الآخر ، وإن افرقت الصناعتان لم يجز ، افرقت الأمانة أو اتفقت .

الثاني : أن يكونا في موضع واحد ، فإن افرقت الأمانة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات أو اختلفت ^(٧) .

وعند الإمام الشافعي رحمه الله شركة الأبدان كلها فاسدة ^(٨) .

الخامس — شركة المفاوضة : وهي نوعان :

أحدهما : تفويض كل من الشريكين صاحبه شراء وبيعاً ومضاربة وتوكيلاً ومسافرة بالمال وارتحاناً وضمناً وتقبُّل ما يرى من الأعمال ^(٩) .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٥٧/٦ — ٥٨ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٩٢/٢ ؛ التسولي / البهجة شرح التحفة : ٢١١/٢ ؛ البغدادي / المعونة : ١١٤٤/٢ ؛ الشربيني / مغني اختاج : ٢١٢/٢ ؛ المنهاجي / جواهر العقود : ١٨٩/١ ؛ الماوردي / الحاوي : ١٦٢/٨ ؛ المرداوي / الإنصاف : ٤٥٨/٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرقى : ١٢٢/٥ .

(٢) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٧٧٧ ؛ ٥٣٧ . وانظر : المرداوي / الإنصاف : ٤٦٠/٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرقى : ١١١/٥ .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٥٧/٦ .

(٤) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٩٢/٢ ؛ البغدادي / المعونة : ١١٤٤/٢ .

(٥) انظر : المرداوي / الإنصاف : ٤٦٠/٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرقى : ١١١/٥ .

(٦) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٦٣/٦ .

(٧) انظر : الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣٦١/٣ .

(٨) انظر : الماوردي / الحاوي : ١٦٤/٨ ؛ الشربيني / مغني اختاج : ٢١١/٢ .

(٩) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٧٧٨ ؛ ٥٣٧ . وانظر : المرداوي / الإنصاف : ٤٦٤/٥ — ٤٦٥ .

وهذا النوع جمع بين جميع أنواع الشركة ، فيصح ذلك عند القائلين به ؛ لأن كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره ^(١) .

النوع الثاني : هو الاشتراك في كل ما يثبت لهما أو عليهما ^(٢).

وشركة المفاوضة جائزة عند أبي حنيفة ، ومالك في الجملة ، واختلفوا في بعض شروطها ^(٣) . ومذهب الشافعي أن هذه الشركة باطلة ^(٤) . وذهب الحنابلة إلى صحة النوع الأول منها . أما النوع الثاني فيصح إن لم يدخلها فيها كسبا نادرا ، أو غرامة ، كلقطة وضمان مال ، فإن أدخلها فيها الأكساب النادرة ونحوها ، فهي شركة فاسدة على الصحيح من المذهب ^(٥) .

صور معاصرة للشركات :

أولا - من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي :

حكم الودائع التي تسلم للبنوك الإسلامية بعقد استثماري على حصة من الربح :

جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف) ، في الفقرة الثانية من القرار : " الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعليا بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثماري على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة ، وتطبق عليه أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة " ^(٦) .

(١) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٣٩/٥ ؛ المرادوي / الإنصاف : ٤٦٥ / ٥ .

(٢) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٧٨) : ٥٣٧ .

وهذا النوع يصح إن لم يدخلها فيها كسبا نادرا ، أو غرامة ، كلقطة وضمان مال ، فإن أدخلها فيها الأكساب النادرة ونحوها ، فهي شركة فاسدة على الصحيح من المذهب . [انظر : الإنصاف : ٤٦٥ / ٥] .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٥٨/٦ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٩١/٢ .

(٤) انظر : المنهاجي / جواهر العقود : ١٨٨/١ ؛ الماوردی / الحاوي : ١٥٩/٨ ؛ الشربيني / مغني اغشاج : ٢١٢/٢ .

(٥) انظر : المرادوي / الإنصاف : ٤٦٥ / ٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٣٩/٥ .

(٦) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة — السنة السابعة — العدد السادس والعشرون ١٤١٦هـ ، فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي ، جزء من قرار رقم : ٩٥/٣/٩٠ بشأن " الودائع المصرفية (حسابات المصارف) " : ٢٢١ .

ثانيا . أمثلة الشركات الحديثة ^(١) :

شركة المساهمة : وهي من أهم أنواع الشركات المنتشرة في العصر الراهن ، وتقوم على أساس تقسيم رأس المال إلى أجزاء صغيرة متساوية ، يطلق على كل منها سهم غير قابل للتجزئة ، ويكون قابلا للتداول . وتتحدد مسؤولية المساهم بقدر القيمة الاسمية لأسهمه ، فيضمن في حدود أسهمه ، ويكون الربح في حدود أسهمه أيضا ، فالأرباح توزع بنسبة الأسهم أي بنسبة رؤوس الأموال .

ويعتبر مدير الشركة والعاملين فيها أجراء عند المساهمين ، تدفع لهم مرتبات خاصة ، سواء أكانوا مساهمين أم غير مساهمين . وليس لمدير الشركة أن يستدين عليها بأكثر من رأس مالها ، فإن فعل فعليه الضمان .

وتسمى هذه الشركة شركة مغلقة لإغفال الاعتبار الشخصي فيها ، وإنما الاعتبار الأول في تكوينها هو للمال ، وليس لشخصية الشركاء ، بل إن الشركاء لا يعرفون بعضهم البعض ، ولا يعرفون شيئا عن إدارة الشركة إلا ما يعرضه مجلس إدارتها على الجمعية العمومية عند اجتماعها السنوي ، ومجلس الإدارة يتصرف في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين .

إن إصدار الأسهم أمر جائز شرعا ، فهذا النوع من الشركة جائز شرع ؛ لقيامها على أساس التراضي ، وهي شركة عنان ، ولا مانع من تعدد الشركاء واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابه لمسؤولية رب المال في المضاربة ^(٢) .

الشركة ذات المسؤولية المحدودة : هي شركة تجارية ، ولا اعتبار فيها لشخصية الشركاء واشترط القانون فيها ألا يزيد الشركاء فيها عن خمسين شريكا ، ومسؤولية الشريك فيها محدودة بمقدار حصته ، وتنتقل حصته لورثته . أما إدارتها فكم إدارة الشركات المساهمة ، فيعين لها مديرا من المساهمين أو من غيرهم بمرتب محدد ، ويكون أجرا ، أو يديرها أحد الشركاء نظير جزء من الأرباح . والشريك في هذا النوع من الشركة يكون صاحب حصة من الشركة وليس مساهما ، ولا تكون حصص الشركاء قابلة للتداول كالأسهم التجارية .

^(١) لمزيد من الأمثلة لصور الشركات المعاصرة انظر : الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته : ٨٧٨-٨٨٥ ؛

الخصايط / الشركات في الشريعة الإسلامية : القسم الثاني / الباب الثاني : أنواع الشركات وأحكامها .

^(٢) انظر : الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته : ٨٨١ / ٤ .

و يتميز هذا النوع من الشركات باهتمامه بالاشتراك الشخصي لا بالاكتمال العام .
وهذه الشركة جائزة شرعا ، وتعد من شركات العنان ، وقد يكون فيها بعض
خصائص المضاربة ، كما في تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته ، كما أن رب المال في
المضاربة لا يسأل إلا بمقدار حصته ^(١) .

شركة المحاصة : هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالمساهمة في مشروع مالي ،
بتقديم حصة من رأس المال ، أو العمل ، لاقتسام الناتج عن هذا المشروع من ربح أو
خسارة .

و يتميز هذا النوع من الشركة بخفائه عن الناس لعدم وجودها الظاهر ، فليس لها رأس
مال شركة ، ولا عنوان شركة ، وليس لها شخصية معنوية مستقلة كباقي الشركات ،
فالذي يظهر منها شريك واحد يتعامل في الظاهر باسمه ، وتبقى الشركة مستترة ليس لها
شخصية اعتبارية . فهي شركة وقتية كالتى تنشأ في مزاد مثلا أو في صفقة خاصة تنتهي
بانتهائها ، وتصفى الأرباح عقب بانتهائها .

وهذا النوع من الشركة إجمالا جائز شرعا ؛ لأنها نوع من أنواع شركة العنان ،
ليست فيها مساواة ، ولا تضامن ولا تكافل ، وهي معقودة على نوع خاص من أنواع
التجارات ، والربح فيها يوزع على حسب الاتفاق ، والخسارة على قدر رؤوس الأموال .
والتكييف الفقهي لشركة المحاصة هو : أن هذا النوع من الشركة تكون عنانا إذا
كانت حصص الشركاء شائعة الملكية بينهم ، وتكون عنانا ومضاربة إذا احتفظ كل شريك
بملكية حصته ، لكنه سلمها لأحد الشركاء الموكل باستثمارها مع بقية الحصص لمصلحة
الشركاء ، على أن يقتسموا الربح والخسارة بينهم بحسب الاتفاق أو الحصص .

فالل مال للمقدم من الشركاء إلى أحدهم هو رأس مال المضاربة ، والشريك المتصرف هو
المضارب ، لكنه لما كان متقدما بجزء من رأس المال فهو شريك عنان ، كما أنه إذا تصرف
معه بعض الشركاء في إدارة الشركة ، كانت الشركة عنان بينهم .

أما الشركاء المساهمون برأس المال فقط فهم شركاء مضاربة .

وإذا فهذا النوع من الشركة جمع بين شركة العنان والمضاربة فيكون مفاوضة ؛ لأن

(١) انظر : الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته : ٤٨٢/٤ - ٤٨٣ .

المفاوضة هي اجتماع أنواع من الشركة أو كل أنواعها ؛ فتصح لأن كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره ^(١) .

١٤ - المساقاة :

المساقاة : دفع شجر مغروس معلوم ذي ثمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمره ^(٢) .

وهي جائزة في قول أكثر أهل العلم وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة ^(٣) .

وقال أبو حنيفة وزفر ^(٤) : للمساقاة بجزء من الثمر باطله . وعند أبي يوسف ومحمد تجوز إذا ذكر مدة معلومة وسُمي جزءا من الثمر مشاعا ^(٥) .

والأصل في جوازها ما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ ^(٦) .

(١) انظر : الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته : ٨٨٠/٤ - ٨٨١ .

(٢) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م: ١٩٤٧) : ٥٧٦ . وانظر : المرادوي / الإنصاف : ٤٦٦/٥ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٥٣٢/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٥٤/٥ .

قال ابن قدامة : " سُمِّيَتْ مساقاة لأنها مفاعلة من السقي لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك " [للمغني على مختصر الخرقي : ٥٥٤/٥] .

(٣) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٨٤/٢ ؛ للنهاسي / جواهر العقود : ٢٤٨/١ ؛ الشربيني / مغني الخللج : ٣٢٣/٢ ؛ الشافعي / الأم : ١١/٤ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٥٣٢/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٥٤/٥ .

(٤) زفر بن المُدَيْلِ بن قيس العنبري (١١٠ - ١٥٨ هـ) : من فقهاء الحنفية ، من المتقدمين من تلاميذ أبي حنيفة . وهو أقيسهم . كان يأخذ بالأثر إن وجد . أصله من أصبهان ، وتولى قضاء البصرة ، وتوفي بها . وهو أحد الذين دونوا الكتب .

[انظر : اللكنوي / الفوائد البهية في تراجم الحنفية : (٧٧/٧٥) ؛ الزركلي / الأعلام : (٤٥/٣)] .

(٥) انظر : المرغيناني / الهداية : ٤٧٨/٩ ؛ قاضي زاده / تكملة فتح القدير المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار : ٤٧٨/٩ .

(٦) متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢٧٩/٥ ، كتاب الحرت والمزارعة (٤١) ، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة (٩) ، حديث (٢٣٢٩) .

مسلم ، الصحيح : ١١٨٦/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب للمساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (٥) ، حديث (١٥٥١/١) .

١٥. المغارسة :

المغارسة : دفع شجر معلوم له ثمر مأكول بلا غرس مع أرض لمن يغرسه فيها ويعمل عليه حتى يثمر بجزء مشاع معلوم من الشجر أو من ثمره أو منها^(١).
والمغارسة جائزة عند جمهور الفقهاء من الحنفية بالصورة المذكورة في التعريف^(٢) ،
والمالكية بشروط^(٣) ، والحنابلة^(٤) ، ومنعها الشافعية^(٥) .
ويشهد لجوازها ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ عامل أهل
خيبر يشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع^(٦) .
" ولأن العمل وعوضه معلومان فصحت كالمساقاة على شجر مغروس " ^(٧).

١٦. المزارعة :

للمزارعة^(٨) : " دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه أو دفع مزروع ليعمل عليه المدفوع له بجزء مشاع معلوم من المتحصل " ^(٩).
والمزارعة فاسدة عند أبي حنيفة^(١٠) ، وهي جائزة في قول أكثر أهل العلم ، وهو قول أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والمالكية بشروط ، والحنابلة ، وجماعة من الصحابة والتابعين^(١١) .

- (١) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٤٣/٢ ؛ الفاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٩٤٨ : ٥٧٦ .
(٢) انظر : ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٢٨٩/٦ .
(٣) انظر : ابن حزمي / القوانين الفقهية : ١٨٥ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه : ١٦٥/٢ .
(٤) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٤٣/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٨٠-٥٧٩/٥ .
(٥) ابن قدامة / الشرح الكبير : ٥٥٩/٥ .
(٦) انظر : الشربيني / مغني المحتاج : ٣٢٤/٢ .
(٧) تقدم تخريجه ، ص : ١٣١ .
(٨) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٤٣/٢ .
(٩) وتسمى غنارة من الخبار بفتح الحاء وهي الأرض اللينة ومواكرة ، والعامل فيها خبير وأكار ومواكر .
(١٠) [البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٤٤/٢] .
(١١) البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٤٤/٢ . وانظر : البهوتي / كشف القناع : ٥٣٢/٣ .
(١٢) انظر : المرغيناني / الهداية : ٤٦٢/٩ ؛ الباري / العناية على الهداية : ٤٦٢/٩ .
(١٣) انظر : المرغيناني / الهداية : ٤٦٢/٩ ؛ الباري / العناية على الهداية : ٤٦٢/٩ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه : ١٦٥/٢ ؛ البحاري / الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢٧٥/٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٨١ / ٥ - ٥٨٢ ؛ ابن القيم / الطرق الحكمية : ٢٥١-٢٥٠ .

وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أفل ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها في الأرض البيضاء ^(١) .

ويشهد لجوازها ما روي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من تمر أو زرع ^(٢) .

وروي البخاري عن أبي جعفر ^(٣) قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرون على الثلث والرابع . وزارع علي ^(٤) وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود ^(٥) وعمر بن عبد العزيز ^(٦)

(١) انظر : المنهاج / جواهر العقود : ٢٤٨/١ ؛ الشريبي / مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ - ٣٢٤ .

(٢) تقدم تحريجه ، ص : ١٣١ .

(٣) محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي (- بضع عشرة ومائة) : أبو جعفر الباقر ، ثقة فاضل ، من الطبقة الرابعة عند ابن حجر ، وهي الطبقة التي تلي الطبقة الوسطى من التابعين ، وحل روايتهم عن كبار التابعين . أمه بنت الحسن بن علي بن أبي طالب . روى عن أبيه ، وحديه الحسن والحسين ، وجد أبيه علي بن أبي طالب مرسل ، وعم أبيه محمد بن الحنفية ، وابن عم جده عبد الله بن جعفر بن أبي طالب ، وممرة بن جندب ، وابن عباس ، وغيرهم . وروى عنه : ابنه جعفر ، وإسحاق السبيعي ، والأعرج ، والزهرري وعمر بن دينار ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / تهذيب التهذيب : (٣١١/٩ - ٣١٣) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٤٩٧ ، ٦٢٨)]
(٤) علي بن أبي طالب مناف بن عبد المطلب من بني هاشم من قريش (٢٣ ق هـ - ٤٠ هـ) : أبو الحسن أمير المؤمنين ، ورابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة . زوجه النسي بنت فاطمة . كثره الخوارج ، وغلا فيه الشيعة .

[انظر : ابن حجر / الإصابة : (٥٠٧/٢ - ٥١٠) ؛ ابن الأثير / أسد الغاية : (٥٨٨/٣ - ٦٢٢)]
(٥) عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي (- ٣٢ هـ) : أبو عبد الرحمن ، من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً ، من أهل مكة ، ومن السابقين إلى الإسلام . كان ملازماً للرسول ﷺ وكان أقرب الناس إليه هدياً ودلاً ومعتباً . أخذ من فيه ﷺ سبعين سورة لا ينزاعه فيها أحد . بعته عمر إلى أهل الكوفة ليعلمهم أمور دينهم . له في الصحيحين ثمانية وأربعون وثمانمائة حديثاً .

[انظر : ابن حجر / الإصابة : (٣٦٨/٢ - ٣٧٠) ؛ الزركلي / الأعلام : (١٣٧/٤)]
(٦) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي (٦١ - ١٠١ هـ) : أبو حفص ، من كبار التابعين . الخليفة الصالح ، والملك العادل ، وربما قيل له " خامس الخلفاء الراشدين " لعدله وحزمه . ولد ونشأ بالمدينة . وولي إمارتها للوليد . ثم استوزره سليمان بن عبد الملك بالشام . وولي الخلافة بعده من سليمان سنة تسع وتسعين للهجرة فبسط العدل ، وسكن الفتن . مدة خلافته سنتان ونصف ، وأخبراه في عدله وحسن سياسته كثرة . روى عن أنس ، والسائب بن يزيد ، وعبد الله بن جعفر ، وعروة بن الزبير ، وغيرهم . وعنه : أبو سلمة بن عبد الرحمن ، وإبناه عبد الله وعبد العزيز ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / تهذيب التهذيب : (٤١٨/٧ - ٤٢٠) ؛ الزركلي / الأعلام : (٥٠/٥)] .

وَالْقَاسِمُ ^(١) وَغَيْرُهُمْ ^(٢).

وَعَامِلٌ عُمَرُ ^(٣) النَّاسَ عَلَى إِنْ جَاءَ عُمَرُ بِالْبَذْرِ مِنْ عُنْدِهِ فَلَهُ الشُّطْرُ وَإِنْ جَاءُوا بِالْبَذْرِ فَلَهُمْ كَذَا ^(٤).

والحاجة داعية إليها كالمضاربة والمساقاة بل الحاجة إلى الزرع أكد منها إلى غيره لكونه مما يقتات به ^(٥).

١٧. الإجارة :

لغة : الإجارة ، مشتقة من الأجر وهو الجزاء على العمل ، ومنه سُمِّيَ الثواب أجراً ، لأن الله تعالى يُعَوِّضُ العبد به على طاعته أو صبر عن معصيته ^(٦).

وهي بكسر الهزة أشهر من ضمها ومن فتحها . والأجرة الكراء والجمع أجر . ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة وبمعنى الأجرة . يقال : أعطيتَه إجارته أي أجرته ^(٧).
شرعاً : عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً بعوض معلوم ^(٨).

والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فمنه قول الله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ^(٩)

^(١) القاسم بن عبد الرحمن الشامي اللثقي مولى آل أبي ابن حرب الأموي (- ١١٢ هـ) : أبو عبد الرحمن ، من الطبقة الوسطى من التابعين ، صاحب أبي أمامة ، صدوق يفرغ كثيراً . روى عن علي ، وابن مسعود ، وغيره الدارقي ، وعدي بن حاتم ، وعقبة بن عامر ، وغير واحد . وعنه : عبد الرحمن بن يزيد بن جابر ، وأبو الغيث عطية بن سليمان ، والوليد بن جميل ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / قذوب التهذيب : (٢٩١/٨) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٤٥٠)] .

^(٢) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢٧٥/٥ ، كتاب المزارعة (٤١) .

^(٣) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي (٤٠ ق هـ - ٢٣ هـ) : أبو حفص ، الفاروق . صاحب رسول الله ﷺ ، وأمير المؤمنين ، ثاني الخلفاء الراشدين . قتله أبو لؤلؤة المخومي وهو يصلي الصبح .
[انظر : ابن حجر / الإصابة : (٥١٨-٥١٩) ؛ ابن الأثير / أسد الغابة : (٦٤٢/٣ - ٦٧٨) ؛ الزركلي / الأعلام : (٤٥/٥ - ٤٦)] .

^(٤) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢٧٥/٥ ، كتاب المزارعة (٤١) .

^(٥) البهري / شرح منتهى الإرادات : ٣٤٤/٢ .

^(٦) انظر (م : آخر) : ابن منظور / لسان العرب : ١٠/٤ .

^(٧) انظر (م : آخر) : الفيومي / المصباح المنير : ٢ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ١٠/٤ .

^(٨) البهري / كشف القناع : ٥٤٦/٣ .

^(٩) والإجارة والإيجار والمكارة بمعنى واحد . انظر : القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٥١٦) : ٢٠٥ .
سورة الطلاق : آية ٦ .

قال الشافعي — رحمه الله — : فأجاز الإجارة على الرضاع ، والرضاع يختلف بكثرة رضاع المولود وقتله ، وكثرة اللبن وقتله ، ولكن لما لم يوجد إلا هذا جازت الإجارة عليه ، وإذا جازت عليه ، جازت على مثله ، وما هو في مثل معناه ^(١).

وقال تعالى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ^(٢)

فذكر الله تعالى أن موسى عليه السلام أجر نفسه حججا مسمّاة ملك بها بضع امرأة ، فدل على جواز الإجارة . ولأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ ^(٣).

وقال تعالى : ﴿ فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا أَتَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلُهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتُ لَأْتَمَذْتُ عَلَيْهِ آجْرًا ﴾ ^(٤) . دلت الآية على أن الإجارة كانت مشروعة عندهم وكذلك كانت في كل ملة ؛ لأنها من ضرورات الحياة ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ .

وأما السنة :

فقره عليه السلام : « قَالَ اللَّهُ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ » ^(٥) . فيه دليل على أن الأجرة تستحق بالعمل ، فدل ذلك على جواز الإجارة ^(٦).

وحدث عائشة رضي الله عنها في خير الهجرة قالت : اسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّبِيلِ ثُمَّ مِنْ بَنِي عَبْدِ بْنِ عَدِيٍّ هَادِيًا خَرِيئًا — الْخَرِيئُ الْمَاهِرُ بِالْهَدَايَةِ — قَدْ غَمَسَ يَمِينُ جِلْفٍ فِي آلِ الْعَاصِي بْنِ وَائِلٍ ، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ ؛ فَأَمَانُهُ ، فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاجِلَيْهِمَا ، وَوَعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ ، فَأَتَاهُمَا بِرَاجِلَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيْسَالٍ ثَلَاثِ

(١) الأم : ٢٦/٤ . وانظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ١٦٨/١٨ — ١٦٩ .

(٢) سورة القصص : آية ٢٦ — ٢٧

(٣) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٢٧١/١٣ ؛ الشافعي / الأم : ٢٦/٤ .

(٤) سورة الكهف : آية ٧٧ .

(٥) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٦٨/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إثم من باع حراً (١٠٦) ،

حديث (٢٢٢٧) .

(٦) انظر : الشوكاني / نيل الأوطار : ٣٣٣/٥ .

فَارْتَحَلَا ، وَأَنْطَلَقَ مَعَهُمَا عَامِرُ بْنُ قُهَيْرَةَ وَالذَّلِيلُ الدَّلِيلِيُّ فَأَخَذَ بِهِمْ أَسْفَلَ مَكَّةَ وَهُوَ طَرِيقُ السَّاحِلِ .^(١)

وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ »^(٢).

فَأَمَرَ ﷺ بِالْمُبَادَرَةِ إِلَى إعْطَاءِ الْأَجِيرِ أَجْرَهُ قَبْلَ فَرَاغِهِ مِنَ الْعَمَلِ مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ فَيَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْإِجَارَةِ^(٣).

وَكَذَلِكَ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالنَّاسَ يُوَاخِرُونَ وَيَسْتَأْجِرُونَ فَلَمْ يَنْكَرْ عَلَيْهِمْ ، فَكَانَ ذَلِكَ تَقْرِيرًا مِنْهُ ، وَالتَّقْرِيرُ أَحَدُ وَجْهِهِ السَّنَةِ^(٤).

وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي كُلِّ عَصْرِ عَلَى جَوَازِ الْإِجَارَةِ مِنْ غَيْرِ نَكْرٍ^(٥).

وَالْعَبْرَةُ أَيْضًا دَالَّةٌ عَلَيْهَا ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهَا فَلَيْسَ لِكُلِّ إِنْسَانٍ دَارٌ يَمْتَلِكُهَا وَلَا يَلْزَمُ أَصْحَابَ الْأَمْلاكِ إِسْكَانُهُمْ تَطَوُّعًا . وَكَذَلِكَ لَيْسَ كُلُّ مَنْ أَرَادَ عَمَلًا قَدَرَ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ وَلَا يَجِدُ مَطْطُوعًا بِهِ ، وَلَا إِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ أَحْسَنَهُ ، فَلَا بَدَّ مِنَ الْإِجَارَةِ لِلَّذِكَ بَلْ ذَلِكَ مِمَّا جَعَلَهُ اللَّهُ طَرِيقًا لِلرِّزْقِ ، فَإِنَّ أَكْثَرَ الْمَكْسَبِ بِالْصَّنَائِعِ . فَلَمَّا كَانَتْ الْحَاجَةُ إِلَى الْمَنَافِعِ كَالْحَاجَةِ إِلَى الْأَعْيَانِ ، وَجَازَ الْعَقْدَ عَلَى الْأَعْيَانِ وَجَبَ أَنْ تَجُوزَ الْإِجَارَةُ عَلَى الْمَنَافِعِ^(٦).

مِنْ فِتَاوَى جَمْعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ : الْإِجَارُ الْمُنْتَهَى بِالتَّمْلِيكِ وَحُكْمِهِ .

صورة هذا العقد :

(١) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢٠٠/٥ ، كتاب الإجارة (٣٧) ، باب استئجار المشركين عند

الضرورة ، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام وعامل النبي ﷺ يهود خيبر (٣) ، حديث (٢٢٦٣) .

(٢) رواه ابن ماجه من حديث ابن عمر . وفي الزوائد : أصله في صحيح البخاري وغيره ، من حديث أبي هريرة . لكن إسناده المصنف ضعيف .

ابن ماجه ، السنن : ٨١٧/٢ ، كتاب الرهن (٦) ، باب أجر الأجراء (٤) ، حديث (٢٤٤٣) . وانظر : الزيلعي / نصب الراية : ١٢٩/٤ .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧٤/٤ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧٣/٤ — ١٧٤ / للرغزباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٦٠/٩ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٦٥/٢ — ١٦٦ / الشربيني / مغني المحتاج : ٣٣٢/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٦/٦ .

(٦) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٦/٦ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٥٤٣/٣ .

يعد الإيجار المنتهي بالتمليك من الصور المعاصرة لعقد الإجارة ، وهو من وسائل التمويل الخاص بمساعدة ذوي الدخل المحدود من أفراد المجتمع للحصول على حاجة من حاجاتهم الأساسية كالسكن والسيارة وغيرها .

وللإيجار المنتهي بالتمليك عدة صور بناء على الواقع وهي :

١- أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة ينتهي بتمليك الشيء المؤجر إذا رغب المستأجر في ذلك ، مقابل ما دفعه من أجرة لهذا الشيء خلال المدة المحددة ، ويصبح المستأجر مالكا للشيء المؤجر بمجرد سداد القسط الأخير دون حاجة لإبرام عقد جديد .

٢- أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل مبلغ معين .

٣- أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة كالصورة السابقة إلا أنه في نهاية المدة يكون للمستأجر الخيار بين أمور ثلاثة :

الأول : تملك العين المؤجرة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق أن دفعها المستأجر كأقساط إيجار ، وهذا الثمن إما أن يحدد عند بداية التعاقد ، أو تبعاً لأسعار السوق عند نهاية العقد .

الثاني : مد مدة الإجارة .

الثالث : إعادة العين المؤجرة إلى مالكيها ^(١) .

أما حكم هذا العقد فيتضح من خلال ما جاء في فتاوى الندوة الفقهية الأولى لبيست التمويل الكويتي بشأن (التأجير المنتهي بالتمليك) :

" إذا وقع التعاقد بين مالك ومستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة بأقساط موزعة على مدة معلومة ، على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل ، فإن هذا العقد يصح إذا روعي فيه ما يأتي :

(أ) ضبط مدة الإجارة ، وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة .

(ب) تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة .

(١) انظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الرابع ، الشاذلي ، ((الإيجار

المنتهي بالتمليك)) : ٢٦١٣ - ٢٦١٤ .

(ج) نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه ، تنفيذاً لوعده سابق بذلك بين المالك والمستأجر .

هذا .. والندوة تؤكد ما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي في هذا الموضوع ضمن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية ^(١)

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في شأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك ما يلي :
" أولاً : الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى منها البدلان التاليان :

(الأول) : البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية .

(الثاني) : عقد الإجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة واحد من الأمور التالية :

— مدة الإجارة .

— إنهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها .

— شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة .

ثانياً : هناك صور مختلفة للإيجار المنتهي بالتمليك تقرر تأجيل النظر فيها إلى دورة قادمة بعد تقديم نماذج لعقودها وبيان ما يحيط بها من ملائسات وقواعد بالتعاون مع المصارف الإسلامية لدراسته وإصدار القرار في شأنه " ^(٢) .

١٨. المسابقة :

المسابقة لغة : من سبق وهو بلوغ الغاية قبل غيره . جاء في لسان العرب : " السَّبَقُ : القُدْمَةُ في الجري وفي كل شيء " ^(٣) .

وشرعاً : " إجاراة بين حيوان ونحوه كرماح ومناجق وكذا السباق والمناضلة " ^(٤) .

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الرابع : ٢٧٠٢ . وقد ورد في نهاية توصيات وفتاوى الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي قائمة بالأستاذة للمشاركين في الندوة الفقهية .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الرابع ، قرار رقم (٦) بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك : ٢٧٦٣ - ٢٧٦٤ .

(٣) (م : سبق) : ١٠١/١٠ .

(٤) البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٨٣/٢ - ٣٨٤ .

والمناضلة من النضل يقال ناضله مناضلة ونضالا راميته ، وهي المسابقة بالسهم وهي الشباب والتبل . [انظر (م : نضل) : الفيومي / المصباح المنير : ٢٣٣] . قال البهوتي : " سُمِّيَتْ بذلك لأن السهم السام يُسْمَى نضلاً فالرمي به عمل بالنضل " [شرح منتهى الإرادات : ٢ / ٣٨٤] .

والمسابقة جائزة بالسنة والإجماع .

أما السنة : فما روي عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَاقَى بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي أُضْمِرَتْ ^(١) مِنَ الْحَفَيَاءِ ^(٢) وَأَمَدَهَا نَتْنَةُ الْوَدَاعِ ، وَسَاقَى بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي لَمْ تُضْمَرْ مِنَ النَّتْنَةِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ . وَأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ فِيمَنْ سَاقَى بِهَا ^(٣) . والحديث ظاهر الدلالة على مشروعية المسابقة ^(٤) .

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ يَعْنِي وَهُوَ لَا يُؤْمِنُ أَنْ يَسْبِقَ فَلَيْسَ بِقِمَارٍ وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ فَهُوَ قِمَارٌ » ^(٥) .
وَأَجْمَعَ لِلْمَسْلُومِ عَلَى جَوَازِ الْمُسَابَقَةِ ^(٦) .

والمسابقة نوعان :

^(١) أضمريت : المراد إعداد الخيل للسباق بأن تغلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقلل علفها بقلد القوت وتدخل بيتا وتغشى بالجلال حتى تحمى فتعرق فإذا حفر عرقها خفف لحمها وقويت على الجري .

[انظر : (م : ضمن) : الفيومي / المصباح المتير : ١٣٨ ؛ ابن حجر : فتح الباري : ١٦٤/٦] .
^(٢) الْحَفَيَاءُ : مكان خارج المدينة . [انظر : (م : حفي) : الفيومي / المصباح المتير : ٥٥ ؛ ابن حجر : فتح الباري : ١٦٣/٦]

^(٣) رواه البخاري ومسلم .
^(٤) رواه البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٧٧/٢ ، كتاب الصلاة (٨) ، باب هل يقال مسجد بسني فلان ؟ (٤١) ، حديث (٤٢٠) .

مسلم ، الصحيح : ١٤١٩/٣ ، كتاب الامارة (٣٣) ، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها ، حديث (١٨٧٠/٩٥) .

^(٥) انظر : ابن حجر : فتح الباري : ١٦٤/٦

^(٦) رواه أبو داود ، وابن ماجة ، وأحمد .

أبو داود ، السنن : ٦٦/٣ ، كتاب الجهاد (٩) ، باب في الغل (٦٩) ، حديث (٢٥٧٩) .

ابن ماجة ، السنن : ٩٦٠/٢ ، كتاب الجهاد (٢٤) ، باب السبق والرهان (٤٤) ، حديث (٢٨٧٦) .

أحمد ، المسند : ٥٧٥/٣ ، مسند أبي هريرة (٢٩) ، حديث (١٠٥٦٢) .

قال البنا في بلوغ الأماني : ١٢٦/١٤ : صححه الحاكم وابن حزم .

ولم أقف عليه في المستدرک . — والله أعلم —

^(٧) انظر : القرافي / الذخيرة : ٤٦٤/٣ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٨٤/٢ .

قال القرافي : " المسابقة مستتاة من ثلاث قواعد : القمار ، وتعذيب الحيوان لغير مأكله ، وحصول العوض والمعرض لشخص واحد على الخلاف للتقدم ، واستثنت من هذه القواعد لمصلحة الجهاد " . [الذخيرة : ٤٦٦/٣] .

١- مسابقة بغير عوض ، وتجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء ، كالمسابقة على الأقدام وغيرها ^(١) .

٢- مسابقة بعوض ، وتجوز عند الحنفية ^(٢) في أربعة أشياء فقط هي : النصل ، الحافر ، والخف ، والقدم ^(٣) .

وعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ^(٤) تجوز في الثلاثة الأولى فقط وهي : النصل والخف والحافر .

١٩. العارية :

لغة : من التعاور ، وهو التداول والتناوب مع الرد ، يقال : هم يَتَعَوَّرُونَ العَوَارِيَّ يَتَّعَوَّرُونَ إذا أعار بعضهم بعضاً . واعتَوَّرُوا الشيء : تداولوه فيما بينهم ، وكذا تَعَوَّرُوهُ تَعَوَّرًا . والإعارة مصدر أعار ، والاسم منه العَارِيَّة ، وتطلق على الفعل وعلى الشيء المعلوم ، والاستعارة طلب الإعارة ^(٥) .

وشرعاً : هي العين المأخوذة من مالك منفعتها للانتفاع بها مطلقاً أو زمناً معلوماً بلا عوض ^(٦) .

الإعارة : إباحة منفعة العين بلا عوض . ويطلق عليها العارية أيضاً ^(٧) . وهذا التعريف بناء على أن العارية تفيد إباحة الانتفاع لا ملك المنفعة ، وهو مذهب

(١) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٢٨/١١ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٠٦/٦ .

(٣) النصل : السهم ذو النصل أو الرمح . والحافر : الفرس والحصار والبغل . والخف : البعير والبقر ونحوها .

انظر : ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر : ٥٥/٣ ، ٦٧/٥ .

(٤) انظر : الدردير / الشرح الكبير : ٢٠٩/٢ ؛ الشريبي / مغني اختار : ٣١١-٣١٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٢٨/١١ - ١٣٠ .

(٥) انظر : (م : عور) : الرازي / مختار الصحاح : ١٩٣ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٦٦ .

(٦) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٩١/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٢٧٨ : ٤٠٤ .

(٧) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٩١/٢ - ٣٩٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٢٧٩ : ٤٠٤ .

الشافعية والحنابلة . وذهب الحنفية ، والمالكية إلى أن العارية تفيد تمليك المنفعة ^(١) .

والعارية عقد معونة وإرفاق جاء الشرع بها ونسب الناس إليها ، والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع والمعتول :

أما الكتاب :

ف قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(٢) . والعارية من البر .

وقال تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ ^(٣) . فقد روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما

قالا : الماعون العواري . وفسر ابن مسعود العواري بأنها القدر والميزان والدلو ^(٤) .

وأما السنة :

فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في الخطبة عام حجة الوداع : « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّةٌ ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالَّذِينَ مَقْضِيٌّ ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ » ^(٥)

وروى صفوان بن أمية ^(٦) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ يَوْمَ حُتَيْنٍ أَذْرَاعًا فَقَالَ : أَغْصَبَا يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ : « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » . قَالَ : فَضَاعَ بَعْضُهَا ، فَعَرَضَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ

(١) انظر : الحصكفي/ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٦٧٧/٥ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢١٤/٦ ؛

الآبي / جواهر الإكليل : ١٤٥/٢ ؛ البغدادى/ المعونة : ١٢٠٨/٢ ؛ ابن جزى / القوانين الفقهية : ٢٤٥ ؛

الشريني / مغني اختاج : ٢٣٦-٢٣٧/٢ ؛ الماوردي / الحاوي : ٣٩٢/٨ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات

: ٣٩١/٢ - ٣٩٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٥٤/٥ .

(٢) سورة المائدة : آية ٣ .

(٣) سورة الماعون : آية ٧ .

(٤) انظر : ابن المنذر / الإشراف على مذاهب أهل العلم : ١٤٥/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي :

٣٥٤/٥ .

(٥) تقدم تقريره ، ص : ١١٨ .

(٦) صفوان بن أمية بن خلف بن خذافة بن جهم القرشي الجمعي المكي (- ٤٢ هـ) : صحابي ، من المؤلفات

قلاهم ، وحسن إسلامه وأقام بمكة . كان أحد أشراف قريش في الجاهلية ، وكان أحد المطمئنين ، وكان من

أصح قريش . مات في أوائل خلافة معاوية ، وقيل أيام قتل عثمان ، وقيل غير ذلك .

روى عنه : ابنه عبد الله ، وعبد الله بن الحارث ، وعامر بن مالك ، وطاوس .

[انظر : ابن حجر / الإصابة : (١٨٧-١٨٨) ؛ ابن الأثير / أسد الغابة : (٤٠٥-٤٠٦) ؛ ابن حجر /

تقريب التهذيب : (٢٧٦)] .

﴿ أَنْ يُضْمِنَهَا لَهُ ، قَالَ : أَنَا الْيَوْمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فِي الْإِسْلَامِ أَرْغَبُ ﴾^(١).

وأمجع المسلمون على جواز العارية^(٢).

ومن المقول : أن هبة الأعيان جائزة بالاتفاق ، فكذلك هبة المنافع ، فكلاهما من السر والمعروف ، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا^(٣).

٢٠. الوديعة :

الوديعة لغة : وهي مأخوذة من الودع ، وهو الترك ، ومنه قوله تعالى : ﴿ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى ﴾^(٤) . أي ما ترك عادة إحسانه في الوحي إليك ، لأن المشركين ادعوا ذلك لما تأخر عليه الوحي ، ولما كان المودع يترك ما له عندك سمي وديعة ، يقال : أودعت زيذا مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة أو أخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد لكن الفعل في الدفع أشهر . وجمعها ودائع . وقيل هي من الدعة وهي من السكون وخفض العيش لأن المال ساكن عند المودع^(٥).

والوديعة شرعا : " المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض "^(٦).

والإيداع : تركيل رب المال غيره في حفظه بلا عوض^(٧).

والأصل في مشروعيتهما : الكتاب والسنة والإجماع .

(١) رواه أبو داود ، وإمام أحمد .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

أبو داود ، السنن : ٨٢٢/٣ - ٨٢٣ ، كتاب البيوع والإحارات (١٧) ، باب في تضمين العارية (٩٠) ، حديث (٣٥٦٤) .

أحمد ، المسند : ٢٢٣/٥ ، مسند صفوان بن أمية (٣٣) ، حديث (١٥٣٠٢) .

قال البنا في بلوغ الأمان : ١٣٠/١٥ : " وسكت عنه أبو داود والمنذري وأورد له الحاكم شاهدا من حديث ابن عباس ولفظه (بل عارية مودة) " .

انظر : المستدرک : ٤٧/٢ ، كتاب البيوع .

(٢) انظر : المرغباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٣/٩ ؛ الحصكفي / الدر المختار : ٦٧٦/٥ ؛ البغدادي / المعونة : ١٠٢٨/٢ ؛ الشريبي / مغني المحتاج : ٢٦٣/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٥٤ .

(٣) انظر : اليهودي / شرح منتهى الإرادات : ٣٩١/٢ .

(٤) سورة الضحى : آية ٢ .

(٥) انظر (م : ودع) : الفيومي / المصباح المختار : ٢٥٠ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ١٠٢١/٢ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٣٨١/٨ وما بعدها ؛ الأصفهاني / المفردات في غريب القرآن : ٥١٧ .

(٦) ابن النجار / منتهى الإرادات : ٤٤٩/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٣١٦ ؛ ٤١٤ .

(٧) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٣١٧ ؛ ٤١٤ .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١).

وقوله تعالى : ﴿ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ ^(٢).

أما السنة :

فقوله ﷺ : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » ^(٣).

وأجمعت الأمة على جواز الإيداع ، فالحاجة داعية إليه ^(٤).

٢١ - الجعالة :

الجعالة لغة : مشتقة من الجعل بمعنى التسمية لأن الجاعل يسمى الجعل للعامل . أو من

الجعل بمعنى الإيجاب . يقال : جعلت له كذا أي أوجبت ويسمى ما يُعطاه الإنسان على أمر

يفعله : جعلاً وجعالة وجعيلة ^(٥).

وشرعا : تسمية مال معلوم لمن يعمل لشخص عملاً مباحاً ، ولو كان العمل مجهولاً

أو لمن يعمل له مدة ولو مجهولة ^(٦). كتقلمم مكافأة لمن يرد متاعاً ضائعاً ، أو يبني حائطاً وغير

ذلك .

(١) سورة النساء : آية ٥٨ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٣) رواه الترمذي ، وأبو داود ، وأحمد ، والحاكم .

قَالَ أَبُو عِيْسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ إِلَى هَذَا الْحَدِيثِ .

الترمذي ، السنن : ٥٦٤/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب (٣٨) ، حديث (١٢٦٤)

أبو داود ، السنن : ٨٠٥/٣ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٨١) ،

حديث (٣٥٣٥) .

أحمد ، المسند : ٢٥٧/٥ ، مسند المكين ، حديث رجل عن النبي صلى الله عليه وسلم (٥٣) ، حديث

(١٥٤٢٤) .

الحاكم ، المستدرک : ٤٦/٢ ، كتاب البيوع .

(٤) انظر : المرغيناني / الهداية : ٤٨٥/٨ ؛ الباري / العناية على الهداية : ٤٨٥/٨ ؛ القراني / الذخيرة : ١٣٩/٩

المنهاجي / جواهر العقود : ٤٦٨/١ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٤٤٩/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على

مختصر الخرقى : ٢٨٠/٧ .

(٥) انظر : (م : جعل) : الرخخشي / أساس البلاغة : ٩٥ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ٤٠ ؛ الرازي / مختار

الصحاح : ٤٥ .

(٦) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٤٦٨/٢ .

والجعالة عقد جائز لكل من العاقلين فسسخها ، وهي نوع إجارة لوقوع العوض في نظير النفع . وتميز عن الإجارة بما يلي :

١- أن للعامل حتى الفسخ قبل الشروع في العمل وبعده ، بخلاف الإجارة .

٢- أن العقد قد يقع مبهما لا مع معين ، بخلاف الإجارة فإنه لا بد أن يتقدر فيها العوض والمعووض من الجهتين .

٣- يجوز الجمع فيها بين تقدير المدة والعمل بخلاف الإجارة^(١) .

والجعالة غير جائزة عند الحنفية^(٢) لما فيها من الغرر بجهالة العمل والمدة قياسا على سائر الإجازات التي يشترط فيها العلم بالعوضين .

وهي جائزة عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٣) ، ويذل لمشروعيتها :

من الكتاب : ما جاء في قصة يوسف عليه السلام مع إخوته في قوله تعالى : ﴿ وَلَئِنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(٤) .

فدللت هذه الآية على جواز الجعالة ، فقد جعل يوسف عليه السلام لمن جاء بالصواع^(٥) المفقود حمل بعير^(٦) .

من السنة : عَنْ أَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : انْطَلَقَ نَفَرٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ فِي سَفَرَةٍ سَافَرُوهَا حَتَّى نَزَلُوا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ ، فَاسْتَضَافُوهُمْ فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّقُواهُمْ ، فَلَدَغَ سَيِّدُ ذَلِكَ الْحَيِّ ، فَسَعَوْا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لَا يَنْفَعُهُ شَيْءٌ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَوْ أَتَيْتُمْ هَؤُلَاءِ الرَّهْطَ الَّذِينَ نَزَلُوا لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ بَعْضِهِمْ شَيْءٌ ، فَأَتَوْهُمْ فَقَالُوا : يَا أَيُّهَا الرَّهْطُ إِنَّ سَيِّدَنَا لُدِغَ وَسَعَيْنَا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لَا يَنْفَعُهُ فَهَلْ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ شَيْءٍ ؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ : نَعَمْ وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرْقِي وَلَكِنَّ وَاللَّهِ لَقَدْ اسْتَضَفْنَاكُمْ فَلَمْ تُضَيِّفُونَا فَمَا أَنَا بِرَاقٍ لَكُمْ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلًا ، فَصَالَحُوهُمْ عَلَى قِطْعِيٍّ مِنَ الْقَنْمِ ، فَإِنِطْلَقَ يَتَفَلُّ عَلَيْهِ وَيَقْرَأُ ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾^(٧)

(١) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٢٣٢/٩ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٤٦٨/٢ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٠٣/٦-٢٠٥ .

(٣) انظر : القرطبي / الذخيرة : ٦/٦ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٦٠/٤ ؛ المنهاجي /

جواهر العقود : ٤١٢/١ ؛ الشريبي / مغني المحتاج : ٤٢٩/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٤٦٨/٢ .

(٤) سورة يوسف : ٧٢ .

(٥) الصواع لغة في الصاع وقيل هو إناء يشرب فيه ، والصاع هو المكيال الذي يكال به . [انظر : (م : صوع)]

(٦) الرازي / مختار الصحاح : ١٥٦ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٣٤] .

(٧) انظر : القرطبي / الجامع لأحكام القرآن : ٢٣٢/٩ .

(٨) سورة الناقة : ١ .

فَكَانَمَا نَشِيطٌ مِنْ عَقَالٍ ، فَأَنْطَلَقَ يَمْشِي وَمَا بِهِ قَلْبَةٌ ^(١) ، قَالَ : فَأَوْقَوْهُمْ جَعَلَهُمُ الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : اقْسِمُوا ، فَقَالَ الَّذِي رَقَى : لَا تَفْعَلُوا حَتَّى تَأْتِيَ النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَ لَهُ الَّذِي كَانَ تَنْظُرُ مَا يَأْمُرُنَا . فَقَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرُوا لَهُ ، فَقَالَ : ((وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقِيَّةٌ)) ثُمَّ قَالَ : ((قَدْ أَصَبْتُمْ اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ)) ^(٢).

فهذا الحديث ظاهر الدلالة على جواز الجعالة لإقراره ﷺ فعل صحابته رضوان الله عليهم من أخذهم الجعل مقابل الرقية .
ولمساقاته عليه السلام أهل خير وهي جعالة ^(٣) ، والحاجة داعية إليها .

٢٢ . الوقف :

الوقف لغة : الحبس ، يقال : وقفت الدار وقفا حبستها في سبيل الله ، وشيء موقوف ووَقِفَ أيضا تسمية بالمصدر ^(٤).

وشرعا : تسبيل منفعة عين لجهة معينة تقربا إلى الله تعالى ^(٥).
وفي هذا التعريف خروج من اختلاف الفقهاء في حكم العين الموقوفة ^(٦) .
ومشروعية الوقف ثابتة بالسنة القولية ، والعملية ، وإجماع الصحابة :

(١) أي أَمْ رَعْلَةٌ . [انظر : ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر : ٩٨/٤] .

(٢) رواه البخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٢١٤/٥ ، كتاب الإجارة (٣٧) ، باب ما يُعطى في الرقية على

أحياء العرب بفاعلة الكتاب (١٦) ، حديث (٢٢٧٦) .

(٣) انظر من البحث ، ص : ١٣١ .

(٤) انظر (م : وقف) : الفيومي / المصباح المختار : ٢٥٦ .

(٥) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٧٥٥) : ٢٧٧ . وانظر : البهوتي / كشف القناع : ٢٤٠/٤ - ٢٤١ .

(٦) انظر تفصيل القول في هذه المسألة : للرغزباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٢٠٣/٦ ؛ ابن الغمام / فتح

القدير : ٢٠٣/٦ ؛ ابن عابدين / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٣٣٩-٣٣٨/٤ ؛ ابن نجيم /

الأشباه والنظائر : ٣٤٨ ؛ ابن عرفة / الحدود : ٤١١ ؛ الرضا التونسي / شرح حدود ابن عرفة : ٤١١ ؛

الآبي / جواهر الإكليل : ٢٠٥/٢ ؛ للنهاسي / جواهر العقود : ٣١٨/١ ؛ النسوي / روضة الطالبين :

٣٤٢/٥ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣٢١ ؛ الشريبي / مغني المحتاج : ٣٧٦/٢ ؛ ابن قدامة / الكافي في

فقه الإمام أحمد : ٥٥٥/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢٤٠/٤ .

أما السنة : فمنها ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ : إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » (١) .

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ فَمَا تَأْمُرُ بِهِ ؟ قَالَ : « إِنْ شِئْتَ حَسَبْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا » قَالَ : فَتَصَدَّقُ بِهَا عُمْرُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ ، وَتَصَدَّقُ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ ، وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ ، وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَأَنْ السَّبِيلَ ، وَالضَّيْفَ ، لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ غَيْرَ مَتَمَوْلٍ (٢) .

قال أبو عيسى (٣) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ لَا نَعْلَمُ بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا فِي إِجَازَةِ وَقْفِهِمُ الْآرَضِيِّينَ وَغَيْرِ ذَلِكَ (٤) .

وروي أن المهاجرين والأنصار حبسوا أموالهم صدقة مؤبدة ، لا تُشْتَرَى أبداً ، ولا توهب ، ولا تورث . قال جابر رضي الله عنه : لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذا مقدرة إلا وقف (٥) .

(١) رواه مسلم .

مسلم ، الصحيح : ١٢٥٥/٣ ، كتاب الوصية (٢٥) ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (٣) ، حديث (١٦٣١/١٤)

(٢) متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٧٠٨/٥ ، كتاب الشروط (٥٤) ، باب الشروط في الوقف (١٩) ، حديث (٢٧٣٧) :

و : ٥٧/٦ ، كتاب الوصايا (٥٥) ، باب الوقف كيف يُكْتَبُ (٢٨) ، حديث (٢٧٧٢) .

مسلم ، الصحيح : ١٢٥٥/٣ ، كتاب الوصية (٢٥) ، باب الوقف (٤) ، حديث (١٦٣٣) .

(٣) محمد بن عيسى بن سورة السلمي البوغي الترمذي (٢٠٩ - ٢٧٩ هـ) : أبو عيسى ، من أئمة الحديث وحفاظه . من أهل ترمذ على نهر جيحون . تلميذ البخاري ، وشاركه في بعض شيوخه .

من تصانيفه : (الجامع الكبير) المعروف بسنن الترمذي ، و(العلل) ، وغيرها .

[انظر : ابن حجر / تهذيب التهذيب : (٣٤٤/٩-٣٤٥) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١٠٥-١٠٤/١١)] .

(٤) الترمذي ، السنن : ٦٥٩/٣ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب في الوقف (٣٦) ، حديث (١٣٧٥) .

(٥) ذكره ابن قدامة في المغني ونقل الإجماع ، ولم أقف على تخريجه . انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٠٦/٦ .

وهذا إجماع منهم على الوقف . وقد اشتهر ذلك ولم ينكره أحد فكان إجماعاً^(١).

٢٣. الهبة :

الهبة لغة : العطية الخالية عن الأغراض والأعواض ، فإذا كثرت سُمِّي صاحبها وهابلاً . والانتخاب قبول الهبة . والاستيهاب سؤالها . وتواهبوا وهب بعضهم لبعض ، وكل ما وهب لك فهو موهوب^(٢) .

وشرعاً : تملك جازئ التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً موجوداً مقدوراً على تسليمه في الحياة بلا عوض^(٣).

ويدل على مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقولته تعالى : ﴿ فَإِنْ طِئِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾^(٤) ، فدلَّت الآية على جواز هبة المرأة للمهر للزوج إن طابت نفسها بتركه^(٥) .
وقال تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾^(٦) ، فأمر الله سبحانه وتعالى بالتعاون على البر ، والهبة بر .

وأما السنة : فقولته ﷺ : ((يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ لَا تَحْفِرْنَ جَرَةً لِجَارَتِهَا وَلَوْ فَرَسَيْنِ^(٧) شاةً))^(٨) .

وفي الحديث إشارة إلى المبالغة في إهداء الشيء اليسير وقبوله .

(١) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٠٦ / ٦ — ٢٠٨ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢٤٠ / ٤ .

(٢) انظر (م : وهب) : ابن منظور / لسان العرب : ٨٠٣ / ١ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ٢٥٨ .

(٣) انظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٥١٧ / ٢ — ٥١٨ .

(٤) سورة النساء : آية ٤ .

(٥) انظر : الرازي / التفسير الكبير ومفاتيح الغيب : ١٨٩ / ٩ — ١٩٠ ؛ الجصاص / أحكام القرآن : ٥٧ / ٢ —

٥٨ ؛ ابن العربي / أحكام القرآن : ٣١٧ / ١ — ٣١٨ .

(٦) سورة المائدة : آية ٢ .

(٧) هو للبعير موضع الحافر للفرس ، ويطلق على الشاة مجازاً ، ونونه زائدة ، والجمع قرأين .

[انظر : (م : فرس) : الفيومي / المصباح المنير : ١٧٨ ؛ ابن حجر / فتح الباري : ٥١١ / ٥] .

(٨) متفق عليه من حديث أبي هريرة .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٥٠٩ / ٥ ، كتاب الهبة (٥١) ، باب (١) ، حديث (٢٥٦٦) .

مسلم ، الصحيح : ٧١٤ / ٢ ، كتاب الزكاة (١٢) ، باب الحث على الصدقة ولو بالقليل ولا تمتنع من القليل

لاحتقاره (٢٩) ، حديث (١٠٣٠ / ٩٠) .

وقال رسول الله ﷺ : « تَصَافَحُوا يَذْهَبِ الْغِلُّ ، وَتَهَادَوْا تَحَابُّوا وَتَذْهَبِ الشُّحْنَاءُ »^(١) . وهذا ندب إلى التهادي ، والهدية هبة .
وأنعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها^(٢) .

٢٤ . الوصية :

الوصية لغة : معناها عهد إليه بأمر ، سميت وصية لأن الميت وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر ماته . يقال : أوصى له بشيء وأوصى إليه أي عهد إليه ، وأوصيت له بمال جعلته له ، وأوصيته بولده استعطفته عليه ، ووصى وأوصى بمعنى واحد ، والاسم الوصايةُ بفتح الواو وكسرهما . والوصي الذي يوصى والذي يوصى له ، وهو من الأضداد ، وجمعها أوصياء .

وقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾^(٣) أي يأمركم ، لأن الوصية من الله فرض^(٤) .

وشرعا : تقدم بيان معناها^(٥) .

والقياس يأبى جواز الوصية لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فلا يتصور وقوعه تملكيا فلا يصح ، إلا أنهم استحسنوا جوازها بالكتاب والسنة الكريمة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تبارك وتعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(٦) .

^(١) رواه مالك مرسلا .

مالك ، الموطأ : ٦٩٣/٢ ، كتاب حسن الخلق (٤٧) ، باب ما جاء في المهاجرة (٤) ، حديث (١٦) .

وروي من غير هذا الوجه مسندا . انظر : الزيلعي / نصب الراية : ١٢٠/٤ - ١٢١ .

^(٢) انظر : المرغباني / الهداية : ١٩/٩ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٩٧/٤ ؛ الشربيني /

مغني اختاج : ٣٩٦/٢ ؛ ابن المنذر / الإجماع : ٦٥ - ٦٦ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقى :

٢٧٣/٦ .

^(٣) سورة النساء : آية ١١ .

^(٤) انظر (م : وصي) : ابن منظور / لسان العرب : ٣٩٤/١٥ - ٣٩٥ ؛ الفيومي / المصباح النسر : ٢٥٤ ؛

الرازي / مختار الصحاح : ٣٠٢ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ١٠٣٨/٢ .

^(٥) انظر ، ص : ٥٦ .

^(٦) سورة البقرة : آية ١٨٠ .

فَالْآيَةُ دَالَّةٌ عَلَى وَجوب الوصية ، لأمر المولى سبحانه وتعالى أمر بها ^(١) .

وقوله تعالى في آية الموارث : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيٍّ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ ﴾ ^(٢) فشرع الميراث مرتباً على الوصية فدل على أن الوصية جائزة .

وقوله ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَلِثَ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَتَمَّ ضَرْبُكُمْ فِي الْأَرْضِ ﴾ ^(٣) ، ندبنا سبحانه وتعالى إلى الإشهاد على حال الوصية فدل على أنها مشروعة .

وأما السنة : فما روي عَنْ سَعْدِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ : عَادَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا مَرِيضٌ فَقَالَ : أَوْصَيْتَ ، قُلْتُ : نَعَمْ قَالَ بِكُمْ ؟ قُلْتُ : بِمَالِي كُلِّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ . قَالَ : فَمَا تَرَكْتَ لَوَلَدِكَ . قُلْتُ : هُمْ أَغْنِيَاءُ بَخِيرٍ . قَالَ : أَوْصِ بِالْعَشِيرِ . فَمَا زِلْتُ أَنْاقِضُهُ حَتَّى قَالَ : أَوْصِ بِالْثَلَاثِ وَالْثَلَاثُ كَثِيرٌ ^(٤) .

فقد جوز رسول الله ﷺ الوصية بالثلث .

وقوله ﷺ : ((مَا حَقُّ أَمْرِي مُسْلِمٌ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ نَبِيٌّ لِبَلَّتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ)) ^(٥) .

وأما الإجماع : فإن الأمة من لدن رسول الله إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد فيكون إجماعاً من الأمة على ذلك ^(٦) .

(١) انظر : الرازي / التفسير الكبير : ٦٤/٣ .

(٢) سورة النساء : آية ١١ .

(٣) سورة المائدة : آية ١٠٦ .

(٤) رواه الترمذي .

قَالَ أَبُو عِيْسَى : حَدِيثُ سَعْدِ بْنِ حَبِيْبٍ حَدِيْثٌ حَسَنٌ صَحِيْحٌ وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ وَحَدَّثَ رُوِيَ عَنْهُ ((وَالْثَلَاثُ كَثِيْرٌ)) ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ .

الترمذي ، السنن : ٣٠٥/٣ ، كتاب الجنائز (٨) ، باب ما جاء في الوصية بالثلث والرابع (٦) ، حديث (٩٧٥) .

(٥) متفق عليه ، من حديث ابن عمر .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٣/٦ ، كتاب الوصايا (٥٥) ، باب الوصايا ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (وصية الرجل مكتوبة عنده) (١) ، حديث (٢٧٣٨) .

مسلم ، الصحيح : ١٢٤٩/٣ ، كتاب الوصية (٢٥) ، حديث (١٦٢٧/١) .

(٦) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٣٠/٧ ، المنهاجي / جواهر العقود : ٤٤١/١ ، البهري / شرح منتهى الإرادات : ٥٣٨/٢ .

٢٥. النكاح :

النكاح لغة : الضم والتداخل ، ويكون في الأشياء المحسوسة ، ومنه قولهم تنكحت الأشجار إذا التفت أغصانها ودخل بعضها في بعض ، وتنكح القوم تراوحو^(١).

وشرعا : عقد تزويج يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته^(٢).

والنكاح مشروع بالإجماع^(٣) المستند إلى النصوص القاطعة من الكتاب والسنة .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۚ ﴾^(٤).

وقول الله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْتُمْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ مِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ۚ ﴾^(٥)
ومن السنة : قوله ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ »^(٦).

وروى البخاري ومسلم عن أنس بن مالك^(٧) رضي الله عنه قال : جَاءَ ثَلَاثَةُ رَهْطٍ مِنْ بَنِي إِسْرَافِيلَ يَسْأَلُونَ عَنْ عِبَادَةِ النَّبِيِّ ﷺ فَلَمَّا أُخْبِرُوا كَانَهُمْ يَقَالُوا فَقَالُوا : وَأَيْنَ

(١) انظر (م : نكح) : أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٩٥١/٢ ؛ الفروع آبادي / القاموس المحيط : ٢٥٤/١

ابن منظور / لسان العرب : ٦٢٥/٢ .

(٢) البهوتي / كشف القناع : ٥/٥ .

(٣) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٣٤/٧ .

(٤) سورة النساء : آية ٣ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٦) متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٣٣/١٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم : « (مَنْ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْنَىٰ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ) » وهل يتزوج من لا أرب له في النكاح ؟ (٢) ، حديث (٥٠٦٥) .

مسلم ، الصحيح : ١١٨/٢ - ١١٩ ، كتاب النكاح (١٦) ، باب استحباب النكاح لمن تأقت نفسه إليه ووجد مؤنة ، واشتغال من عجز عن اللون بالصوم (١) ، حديث (١٤٠٠/١) .

(٧) أنس بن مالك بن النضر ، الأنصاري الخزرجي البجلي (١٠ ق هـ - ٩٣ هـ) : صاحب رسول ﷺ وخادمه ، خدمه إلى أن قبض . ثم رحل إلى دمشق ، ومنها إلى البصرة ، فمات بها آخر من مات من الصحابة . وهو من المكثرين في الرواية عن رسول الله ﷺ وله في الصحيحين ٢٢٨٧ حديثاً . روى عنه : ابن سيرين ، وحيد الطويل ، وقتادة ، والحسن البصري ، والزهري ، وغيرهم .

[انظر : ابن الأثير / أسد الغابة : (١٥١/١ - ١٥٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (٢٤/٢ - ٢٥)] .

نَحْنُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ قَدْ غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ . قَالَ أَحَدُهُمْ : أَمَا أَنَا فَإِنِّي أَصَلِّيَ اللَّيْلَ أَبَدًا . وَقَالَ آخَرُ : أَنَا أَصُومُ الدَّهْرَ وَلَا أَفْطِرُ . وَقَالَ آخَرُ : أَنَا أَعْتَزِلُ النِّسَاءَ فَلَا أَتَزَوَّجُ أَبَدًا . فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَيْهِمْ فَقَالَ : « أَتُمْ الَّذِينَ قُلْتُمْ كَذًا وَكَذَا أَمَّا وَاللَّهِ إِنِّي لَا أُحْسِنُكُمْ لِلَّهِ وَأَتَفَاكُمُ لَهُ لَكِنِّي أَصُومُ وَأَفْطِرُ وَأَصَلِّي وَأَرْقُدُ وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي » ^(١).

والأحاديث الدالة على الحث على النكاح وتفصيل أحكامه كثيرة تفيض بها كتب المتن ، فلا فطن أراد الاستزادة فليراجعها .

٢٦ . القسمة :

القسمة لغة : الفرز ، يقال : قسمته قسما أي فرزته أجزاء فانقسم ^(٢).

وشرعا : " إفرأز حق وتمييز أحد النصيبين عن الآخر " ^(٣).

وهي مشروعة بالإجماع ^(٤) المستند إلى النصوص القاطعة من الكتاب والسنة .

أما الكتاب :

فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ ﴾ ^(٥) الواردة في قسمة التركة .

وأما السنة :

فَقَوْلُهُ ﷺ : « أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَيُّمَا

^(١) متفق عليه .

البيهاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٣٠/١٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، باب الترغيب في النكاح يَقُولُوا تَعَالَى : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(١) ، حديث (٥٠٦٣) .

مسلم ، الصحيح : ١٠٢٠/٢ ، كتاب النكاح (١٦) ، باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه ووجد مونه واشتغال من عجز عن اللون بالصوم (١) ، حديث (١٤٠١) .

^(٢) انظر (م : قسم) : المفهمي / المصباح المنير : ١٩٢ .

^(٣) ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤٩٢/١١ . وانظر : القاري / مجلة الأحكام المشروعة (م : ١٧٧٩) : ٥٣٧ .

^(٤) انظر : المرغباني / الهداية شرح بداية المبتدي : ٤٢٥/٩ ؛ القراني / الذخيرة : ١٨٣/٧ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٤٩٨/٣ ؛ الإجماع : ٧٩ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤٩٠/١١ .

^(٥) سورة النساء : آية ٨ .

دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ يُقَسِّمْ فِيهَا عَلَى قَسَمِ الْإِسْلَامِ»^(١) .
عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : « قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّعْفَةِ فِي كُلِّ مَسَالٍ
لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصَرَفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُعْفَةَ »^(٢) .
وللقسمة أنواع مختلفة ، فكل مذهب ينظر إليها من جانب .

فعند الحنفية^(٣) القسمة نوعان :

- ١- قسمة جبرية : وهي التي يتولاها القاضي بطلب أحد الشركاء . ولو قسم القاضي
أو نائبه بالقرعة فليس لبعض الشركاء الرفض بعد خروج بعض السهام — الأنصاء —^(٤) .
- ٢- قسمة رضائية : وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي لتمييز نصيب كل منهم عن
الآخر^(٥) .

وكل منهما نوعان :

- ١- قسمة التفريق : وهي تعيين الحصص الشائعة في كل جزء من العين المشتركة في
كل حصة من أقسامها . كقسمة دار كبيرة بين شريكين يختص كل منهم بنصف^(٦) .
وتكون في كل ما لا ضرر في تقسيمه .
- ٢- قسمة جمع : وهي تعيين الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة
في أقسامها . كقسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة إلى ثلاثة أقسام كل قسم عشرة
شياه^(٧) . وهي جائزة في الجنس الواحد ، ولا تجوز في جنسين مختلفين .

(١) رواه مالك .

مالك / الموطأ : ٥٧٢/٢ ، كتاب الأفضية (٣٦) ، باب القضاء في قسم الأموال (٢٧) ، حديث (٣٥) .

(٢) رواه البخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ١٥٦/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب بيع الأرض والدور مُشَاعاً
غير مقسوم (٩٧) ، حديث (٢٢١٤) .

(٣) انظر : ابن عابدين/حاشية رد اختار على الدر المختار : ٢٥٣/٦-٢٥٥ ؛ الكاساني/بدائع الصنائع : ١٩/٧-
٢٢ .

(٤) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٢١) : ١١٢/١١ .

(٥) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٢٢) : ١١٢/١١ .

(٦) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١١١٥) : ١٠٢/١١ ؛ حيدر / درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، شروح (م : ١١١٥) : ١٠٣/١١ .

(٧) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١١١٥) : ١٠٢/١١ ؛ حيدر / درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، شرح (م : ١١١٥) : ١٠٢/١١ .

وعند المالكية ^(١) قسمة الرقاب نوعان :

١- قسمة قرعة : وهي تمييز حق مشاع بين الشركاء . واختلف فيها هل هي بيع أو

تمييز حق ؟

وقسمة القرعة يميز عليها من أبائها ، وتكون فيما يحتمل القسم ، ولا تجوز في المكمل والموزون ولا في الأجناس المختلفة ، ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين .

٢- قسمة مراضاة : وهي بأن يأخذ كل واحد من الشركاء حصة من المشترك ،

يرضى به بلا قرعة .

وهذا النوع من القسمة كالبيع ، فمن صار شيء له بالتراضي ، ملك ذاته ، وليس له رده إلا بالتراضي ، ولا رد فيها بالغين إلا إذا كانت المراضاة بعد تعديل وتقويم .

وهذا النوع من القسمة يصح في متحد الجنس كأن يأخذ أحدهما دارا والآخر دارا ، أو مختلف الجنس كأن يأخذ أحدهما عقارا والآخر دابة .

وعند الشافعية ^(٢) القسمة ثلاثة أنواع :

١- قسمة الإفراز : وتسمى أيضا قسمة المتشابهات أو قسمة الأجزاء : وهي إفراز حق

كل من الشركاء . وتكون فيما لا ضرر فيه ، كالمثلثات من الحبوب والدراهم ، والأرض المتساوية الأجزاء ، والدور متفقة الأبنية .

ويجري في هذا النوع من القسمة الإيجاب ، فإذا دعا الشريك شريكه إلى قسمة ما لا ضرر فيه لزم شريكه إجابته ، لعدم حصول الضرر بالقسمة .

٢- قسمة التعديل : وهي أن تقوم السهام المختلفة بالقيمة لتحقيق المساواة بين الشركاء ، كأرض تختلف قيمة أجزائها بسبب قوة إنبات ، أو قرب ماء أو يختلف جنس ما فيها كبستان بعضه نخل وبعضه عنب ، فإذا كانت الأرض مشتركة بين اثنين مناصفة ، وكانت قيمة ثلثها تساوي قيمة الثلثين لاشتماله على ما ذكر ، فيجعل الثلث سهما والثلثان سهما ، ويقرر بينهما . فهي بيع .

ويجري في هذا النوع من القسمة الإيجاب ، فإن أمكن قسم الجيد وحده والردئ وحده ، لم يجبر الشريك على التعديل ، كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء .

(١) انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٤٩٨/٣ - ٥٠٠ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ١٨٧-

١٨٨ .

(٢) انظر : البيهقي / حاشية البيهقي على الخطيب : ٣٤١/٤ - ٣٤٤ .

ويجبر على قسمة التعديل في أحوال منها : المنقولات من الصنف الواحد المختلفة الصفة ، كتياب من نوع واحد مختلفة الصفات ، وكذلك في قسمة دكاكين صغار متلاصقة متساوية القيمة ؛ للحاجة إلى القسمة ، بخلاف الدكاكين الكبيرة والصغيرة غير المتلاصقة ؛ لشدة اختلاف الأغراض باختلاف الحال والأبنية .

٣- قسمة الرد : وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبي غير المقسوم ، كأن يكون بأحد الجانبين من الأرض المشتركة بتر أو شجر لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمة البئر أو الشجر . فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفا ، وحصته النصف ، رد الآخر خمسمائة . فهي بيع .

ولا يجري في هذا النوع من القسمة الإيجاب ، لأن فيه تملك لما لا شركة فيه وهو المال الذي يدفعه الشريك لشريكه من غير المقسوم .

وإذا فالقسمة عند الشافعية قسمة إيجاب وهي إفراز أو تعديل ، وقسمة تراض .

وعند الحنابلة ^(١) القسمة نوعان :

١- قسمة التراض ، وهي : القسمة الحاصلة بين الشركاء مع ضرر أحدهم أو رد عوض من بعضهم لبعض التعديل ^(٢) . كقسمة الدور الصغيرة بين الشركاء . ولا إيجاب في هذا النوع من القسمة ، فإن طلب أحد الشريكين قسمة بعضها في مقابلة بعض ، لم يجرى الآخر ؛ لأن كل عين تختص باسم وصورة .

وحكمها قسمة التراضي كالبيع ؛ لأن صاحب الزائد بذل المال عوضا عما حصل له من حق شريكه ، وهو معنى البيع ^(٣) .

٢- قسمة الإيجاب ، وهي : القسمة التي لا ضرر فيها على أحد الشركاء ولا رد عوض ^(٤) . كقسمة مكيل أو موزون من جنس واحد ، كسائر الحبوب المكيلة أو الثمار .



(١) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤٩٣/١١ - ٢٩٧ .

(٢) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٨٠) : ٥٣٧ .

(٣) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤٩٢/١١ .

(٤) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٨١) : ٥٣٧ .

المبحث الثاني — العقود التي كانت غير المسماة :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول — تعريف العقود غير المسماة :

جاء في المبدخل الفقهي العام تعريف العقود غير المسماة بأنها هي : التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ، ولم يُرتَّب التشريع أحكاما خاصة بها ^(١).

والعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر ؛ لأنها تتنوع بحسب حاجة العقائد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة ، ويجمعها اسم العقد والاتفاق ^(٢).

وقد استوعب الفقه الإسلامي جميع العقود التي كانت معروفة في طور تأسيسه ، ثم نشأت في الفقه الإسلامي عقود كثيرة في عصور مختلفة وبقيت زما بلا أسماء إلى أن اصطلاح الفقهاء على أسماء خاصة لها وقرروا لها أحكاما فأصبحت عقودا مسماة وفي المطلب التالي ذكر أمثلة لهذه العقود .

المطلب الثاني — أمثلة العقود التي كانت غير المسماة .

١. بيع الوفاء :

بيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء هو : البيع بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن يردُّ المشتري إليه المبيع ^(٣).

ويسميه بعض الحنفية بيع المعاملة ، والرهن المعاد ، ويسميه المالكية بيع الثنيا ، والشافعية بيع العهدة ، والحنابلة بيع الأمانة . وسُمِّيَ ببيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط ، فهو عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق التراد في العوضين ، فهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد

(١) انظر : الزرقا : ٥٣٨/١ ، ٥٦٩ .

(٢) جميع العقود ذات الطرفين إما هي في جوهرها العام اتفاقات ، فما بقي منها غير مسمى باسم خاص فإنه يحمل هذا الاسم العام ، فيسمى «اتفاقا» ، وإذا ربط بصلك سُمِّيَ صكه «اتفاقية» . [الزرقا / العقود المسماة (بتصرف) : ٤-٥] .

(٣) مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٨) : ٩٧/١ .

وانظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٨/٦ / الخطاب / مواهب الجليل : ٣٧٣/٤ / البهري / كشف القناع :

١٤٩/٣ / القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٨) : ١١٠ .

بالنظر إلى كون كلٍّ من الفريقين مقتدرا على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير ^(١).

أما حكم هذا العقد فمختلف فيه بين الفقهاء : فذهب المتقدمون من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن بيع الوفاء فاسد . وذهب بعض المتأخرين من الحنفية إلى جوازه . وذهب بعض الحنفية إلى أن بيع الوفاء رهن ، وثبت له جميع أحكامه . والصحيح هو قول جمهور العلماء الذي يرى أن هذا العقد غير جائز شرعا ؛ لأنه قرض جر نفعاً فهو تحايل على الربا . وهذا ما قرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي ^(٢).

٢. عقد الإيجاريتين في الأموال الموقوفة :

هو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغا يكفي لتعمير عقار الوقف للمبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير ، باسم إجارة معجلة ، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل باسم إجارة مؤجلة ^(٣).

٣. عقد التحكير في الأموال الموقوفة :

الحكر لغة : الخبس ^(٤) . والحكر أو التحكير في الأموال الموقوفة هو عقد إجارة يقصد به استبقاء أرض الوقف الخالية في يد المستأجر ، ويكون له حق القرار الدائم ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرها كتصرف المالكين ، ويرتّب عليه أجرة المثل ^(٥) . وقد يحصل التحكير بإذن المتولي للمستأجر بأن يئى أو يغرس ليكون له حق القرار الدائم بعد تمام عقد الإجارة ، وفي المدة الواردة بالعقد ^(٦) .

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٨) : ٩٧/١ ، (م : ٣٩٦) : ٣٦٤/١ ، (م : ٤٠٣) : ٣٦٧/١ .

(٢) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٢٧٦/٥ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٨/٦ — ٩ .

مجلة الأحكام العدلية (م : ٣) وشرحها درر الحكام : ١٨/١ ، (م : ١١٨) : ٩٧/١ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٣٧٣/٤ ؛ ابن حجر / الفتاوى الكبرى الفقهية : ١٥٣/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٤٩/٣ — ١٥٠ ؛ الإنصاف : ٢٦٥/٤ ؛ مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٨) : ١١٠ ؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ، الجزء الثالث ، قرار رقم : ٧/٤/٦٨ بشأن بيع الوفاء : ٥٥٧ .

(٣) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٦٩/١ ، هامش (١) .

(٤) انظر : (م : حكر) : الفيومي / المصباح المنير : ٥٦ .

(٥) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٣٩١/٤ .

(٦) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٣٩١/٤ — ٣٩٢ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام :

٥٦٩/١ ، هامش (١) .

وعقد الإيجارين والتحكير في الأموال الموقوفة من العقود الفرعية المتفرعة عن الإجارة وقد أُلجئ إليهما للحاجة إلى إصلاح الوقف مع عدم القدرة ، ولعدم جواز بيعه . ويتحدر الإشارة إلى أن حق القرار الناشئ هما يُورثُ عن صاحبه وبيع .

٤. بيع الاستحجار :

الاستحجار لغة : الجذب والسحب ، وأجرته الدين : أخرته له ^(١) .
وبيع الاستحجار من فروع عقد البيع ، وتعدد صوره ، ولذلك تختلف أحكامه من صورة لأخرى .

وأذكر فيما يلي صوراً من بيع الاستحجار في المذاهب :
فمن صوره عند الحنفية : ما يأخذه الإنسان من البائع مما يحتاج إليه كالملح والزيت والخبز وغيرها ، مع جهالته بالثمن عند الأخذ ، ثم يدفع ثمنها بعد استهلاكها ، صح البيع هنا استحساناً ، مع أن الأصل عدم انعقاده ؛ لأن المبيع معلوم وقت دفع الثمن ^(٢) .
وقال بعض الحنفية : ليس هذا بيع معلوم ، إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالِكها عرفاً وتسهيلاً للأمر ودفعاً للخرج ، كما هي العادة . ولم يرض بعض الحنفية هذا للمعنى منهم الحموي .

قال ابن عابدين : " إن المسألة استحسان وعيّن تخريجها على قرض الأعيان ، ويكون ضمناً بالثمن استحساناً وكذا حل الانتفاع في الأشياء بالقيمة ، لأن قرضها فاسد لا يحل الانتفاع به ، وإن ملكك بالقبض " ^(٣) .

ومنها : ما يأخذه الإنسان من البائع مما يحتاج إليه ، مع العلم بالثمن عند الأخذ ، ثم يدفع ثمنها بعد استهلاكها ، صحَّ البيع ؛ لأنه كلما أخذ شيئاً انعقد بيعاً بثمنه ، ويكون بيعاً بالتعاطي . وكذا لو أعطاه الدراهم قبل الأخذ ^(٤) .

(١) انظر (م: جرد) : ابن منظور / لسان العرب : ١٢٥/٤ ؛ القيرمي / المصباح المنير : ٣٧ .

(٢) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه : ٢٧٩/٥ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المحتار على

الدرا المختار : ٥١٦/٤ .

(٣) حاشية رد مختار على الدر المختار : ٥١٦/٤ .

(٤) انظر : ابن عابدين / حاشية رد مختار على الدر المختار : ٥١٦/٤ . ولزبد من التفصيل راجع : ابن عابدين /

حاشية رد مختار على الدر المختار : ٥١٦/٤ — ٥١٧ ؛ ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٦٤ ؛ ابن عابدين /

منحة الخالق على البحر الرائق : ٢٧٩/٥ .

ومن صورته عند الملكية : أن يضع الإنسان عند البيّاع مبلغا من المال ، ثم يأخذ منه بجزء معلوم من المال سلعة معلومة ، فيصح ؛ لأن السلعة معلومة والتمن معلوم .
ومنها : أن يضع الإنسان عند البيّاع مبلغا من المال ، ويقول له : آخذ به منك كذا وكذا من التمر ، أو كذا وكذا من اللّبن أو غير ذلك يقدر معه فيه سلعة ما ويقدر ثمنها ، ويترك السلعة ليأخذها متى شاء ، أو يؤقت لها وقتا يأخذها فيه ، فيجوز البيع في هذه الصورة أيضا .

ومنها : أن يضع الإنسان عند البيّاع مبلغا من المال لسلعة معينة أو غير معينة ، على أن يأخذ منها في كل يوم بسعره ، فلا يصحّ البيع ؛ لأن ما عقدا عليه من الثمن مجهول وذلك من الغرر الذي يمنع صحة البيع^(١).

ومن صورته عند الشافعية : أن يأخذ الإنسان من البيّاع ما يحتاج إليه ، ولا يعطيه شيئا ، ولا يتلفظان ببيع بل نويا أخذه بثمنه المعتاد ، ويحاسبه بعد مدة ، كما يفعل كثير من الناس ، فهذا البيع باطل بلا خلاف عند الشافعية ؛ لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاواة .
ويرى الغزالي — رحمه الله — صحة هذا البيع ؛ لتعارف الناس عليه .

ومنها : أن يقول : أعطني بكذا لحما أو خبزا ، فيدفع إليه مطلوبه فيرضى به . ثم بعد مدة يحاسبه ، فهذا البيع مجزوم بصحته عند من يُجوز المعاواة^(٢).

ومن صورته عند الحنابلة : البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد .
وصورتها : البيع ممن يعامله من خباز أو لحّام أو سَمّان أو غيرهم ، يأخذ منه كل يوم شيئا معلوما ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ، ويعطيه الثمن^(٣) ، فلا يصحّ ، وهو المذهب .

وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد يصحّ ، وهي اختيار الشيخ تقي الدين ابن تيمية^(٤) .
وذكر ابن القيم — رحمه الله — أن القول الثاني هو الصواب للمقطوع به ، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر : جواز البيع بما ينقطع به السعر . يقول : وهو منصوص الإمام أحمد ، واختاره شيخنا ، وسمّته يقول : هو أطيب لقلب المشتري من المساومة ، يقول : لي

(١) انظر : الباجي / المتقى : ١٥/٥ .

(٢) انظر : الشريبي / مغني المحتاج : ٤/٢ ؛ النووي / المجموع : ١٦٣/٩ — ١٦٤ ؛ الرمي / نهاية المحتاج : ٣٧٥/٣ .

(٣) انظر : ابن القيم / إعلام الموقعين : ٥/٤ .

(٤) انظر : المرداوي / الإنصاف : ٣١٠/٤ .

أسوة بالناس أخذ بما يأخذ به غيري ، قال : والذين يمنعون ذلك لا يمكنهم تركه ، بل هم واقعون فيه ، وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يجرمه ، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل ، وأكثرهم يجيزون عقد الإجارة بأجرة المثل ، والبيع بثمن المثل ؛ فغاية البيع بالسعر أن يكون يبعه بثمن المثل ؛ فيجوز ، كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها ، فهذا هو القياس الصحيح ، ولا تقوم مصالح الناس إلا به ^(١).

فصور بيع الاستحجار عند الحنابلة مبنية على البيع بدون ذكر الثمن ، ومن شروط البيع كون الثمن معلوما حال العقد على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، واختار ابن تيمية صحة البيع وإن لم يُسم الثمن ، وله ثمن المثل ، نظيره صحة النكاح بدون تسمية مهر ، ولها مهر المثل ^(٢).

المطلب الثالث — أمثلة حديثة لهذه الطائفة من العقود ^(٣) :

نشأ في العصر الحديث أنواع من التعامل العقدي منها ما قد سُمي ، ومن أمثلته التزام الأعمال والأموال من نحو تعييد الطرق ، وتقديم اللحوم والأغذية للجيش ، ونقل الأشياء مما يُسمَّى اليوم تعهداً ، ملتزمه متعهدون .

وهناك طائفة أخرى من العقود انتشرت في العالم الإسلامي اليوم ولم يصطلح الفقهاء على تسمية لها ولم يتعرضوا لبيان حكمها وما يتعلق بها من أحكام ، وفيما يلي أهم هذه العقود وأشهرها :

١. عقد الإعلان في الصحف أو سواها من الوسائط .

وهو عقد يتم بمقتضاه الاتفاق بين طرفين ، الأول : من يريد الإعلان لغرض ما ، كالإعلان عن افتتاح محل ، أو الإعلان عن سلعة تجارية للفت الأنظار إليها ورواجها ، أو عن حاجة بعض المؤسسات والشركات لعاملين وغير ذلك . والثاني : ممثلو الصحف — وغيرها من وسائط النشر — التي تتولى نشر الإعلان ، ويتم تحديد الأجر بناء على حجم

(١) إعلام الموقعين (بتصرف) : ٥/٤ .

(٢) انظر : المرداوي / الإنصاف : ٣٠٩/٤ .

(٣) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٧٠/١ — ٥٧١ ، التركماني / ضوابط العقد في الفقه الإسلامي :

الإعلان في الصحيفة وموضعه وعدد أيام نشره . وقد انتشر هذا النوع من العقود كثيراً في الوقت الحاضر وأنشئت مؤسسات خاصة للدعاية والإعلان يتم التعاقد معها للقيام بهذه المهمة .

٢. عقد النشر .

وهذا النوع من العقود يشبه النوع الأول حيث يتم التعاقد بين المؤلف وأحد دور الطباعة والنشر ، ويتم التعاقد بين الطرفين إما على أن يكون للكاتب أجره على تأليفه وتتولى دار الطباعة والنشر القيام بطبع الكتاب وتوزيعه وبيعه وما يترتب على ذلك في بعض الأحيان من الحسارة عند عدم رواج الكتاب ، وإما على أن يكون له نسبة من الأرباح حسب ما يتفقان عليه .

٣. عقد المضايقة ^(١) .

ولهذا النوع من العقود صور كثيرة منها التزول في الفنادق ، فهذا العقد يجمع بين الإحارة والبيع ، فهو إحارة بالنسبة للمكان ، والخدمة ، وبيع بالنسبة للطعام . ومنها استخدام وسائل المواصلات العامة في السفر براً وجواً وبحراً ، ويتمثل عقد الإحارة في هذه الصورة في إيصال المتعاقد إلى المكان المتفق عليه وخدمته ، أما عقد البيع فهو أيضاً بالنسبة للطعام الذي يُقدَّم للمتعاقد خلال الرحلة .

٤. عقد التوريد .

والمراد بهذا النوع من العقود ما يقوم به بعض الأفراد أو الشركات من التعاقد مع عمال للعمل داخل الدولة أو خارجها ، ويقوم هذا الطرف بالتعاقد مع الشركات والمؤسسات التي تحتاج إلى عمال وتأخذ منها أجر العمال حسب المتفق عليه ، ويكون هذا الأجر أكثر من الأجر المتفق عليه مع العمال ، والفرق بين القيمتين يكون للشركة الموردة للعمال .

ويختلف الربح الذي تجنيه الشركات الموردة حسب قانون العرض والطلب .

(١) رغم انتشار هذا النوع من العقود وضرورته في هذا العصر فإنه لم يُصطلح على اسم خاص له ، وقد أطلق عليه الشيخ الزرقا اسم عقد المضايقة على سبيل الاشتقاق من كلمة (ضيف) ؛ لأن فيه بذلاً مالياً متقابلاً أساسه الضيافة . وهو اصطلاح جيد يعبر عن حقيقة هذا العقد .

[انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٧١/١ هامش (١)]

وكما يظهر من خلال هذا العرض الموجز لهذا النوع من العقود فإن مجال هذا النوع هو العمل والعمال .

٥. عقد الإذعان^(١).

وهو عقد يتم بمقتضاه التعاقد بين طرفين : الأول الشركات الصناعية الكبرى أو الدولة أو المؤسسات التي أخذت على عاتقها القيام بتأمين المرافق الهامة ، مثل : مؤسسة المياه وشركة الكهرباء والهاتف ، والطرف الثاني هو المستهلك .

وهذا النوع من العقود لا تجري فيه المساومة كما في البيوع بل على المستهلك الرضوخ لأمر وشروط هذه الشركات والمؤسسات ، أو رفض الاستفادة من خدماتها المهمة التي تقدمها .

وإذا فالمراد بعقد الإذعان العقد الذي يذعن — يرضخ — فيه أحد طرفي العقد للطرف الآخر^(٢).

ويمكن تقسيم العقود بناء على ذلك إلى عقود مساومة وعقود إذعان .

٦. الاتفاقات .

وهي عقود الشركات مع الدول التي تمنحها امتيازاً للتحري في أراضيها عن منافع النفط أو المعادن أو الآثار مقابل أجر يتم تحديده بين الطرفين ، أو مقابل جزء معين مما تستخرجه هذه الشركات من أراضي الدولة للتعاقد معها ، وهذا النوع مما يدخل اليوم تحت اسم (اتفاقيات) .



(١) انظر : السنهوري / مصادر الحق : ٧٤/٢ — ٧٧ .

(٢) وهذه العقود تعد من عقود المنفعة العامة ، حيث تنقسم العقود بالنظر إلى المنفعة العامة ، والمنفعة الخاصة إلى قسمين : الأول : عقد للمنفعة العامة : كعقود الاحتكار التي تعقدتها البلدية مع الشركات للقيام بعمل ذي منفعة عامة (ك توزيع المياه والنور والغاز ونحو ذلك) ، وكذلك تعبيد الطرق من عقود المنفعة العامة التي تعقدتها البلدية مع الشركات .

الثاني : عقد للمنفعة الخاصة : كالبيع والإجارة .

الفصل الثاني

أقسام العقود بالنظر إلى صحة العقد وحرمها

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : العقد الصحيح .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد الصحيح .

المطلب الثاني : حكم العقد الصحيح .

المطلب الثالث : أقسام العقد الصحيح .

المبحث الثاني : العقد غير الصحيح .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد غير الصحيح .

المطلب الثاني : في التعريف بمصطلح الباطل والفساد .

المطلب الثالث : منشا الخلاف بين الحنفية، ومهور الفقهاء .

المطلب الرابع : فيما عدا ذلك فيه الجمهور أصلهم القاضي بسراوات المصلحة والفساد .

المبحث الثالث : أحكام وأثار العقد الباطل والعقد الفاسد .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : حكم العقد الباطل .

المطلب الثاني : سبب البطلان .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على العقد الباطل ومستنياتها .

المطلب الرابع : حكم العقد الفاسد عند الحنفية .

المطلب الخامس : أثار العقد في الفاسد في الضمان .

المطلب السادس : أسباب الفساد العامة والخاصة .

تقديم :

إن تقسيم العقد إلى صحيح وغير صحيح هو تقسيم له من ناحية وصفه ، فالعقد يوصف من جهة اعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه ، وعدم ذلك إلى صحيح ، وغير صحيح .

وتقسيم العقد بهذا الاعتبار هو ذاته تقسيم العقد باعتبار المشروعية وعدمها ، ذلك أن العقد ينقسم بحسب اعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه ، وعدم ذلك إلى قسمين :

القسم الأول : عقد مشروع يترتب أثره عليه ، وهو الصحيح .

القسم الثاني : عقد غير مشروع ، لا يترتب أثره عليه ، وهو العقد غير الصحيح .

وبيان هذين القسمين تفصيلا يتضح من خلال المباحث التالية .

المبحث الأول — العقد الصحيح :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول — تعريف العقد الصحيح :

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول - تعريف الصحة لغة واصطلاحاً :

أ . الصحة في اللغة :

الصحة ضد السقم ، وذهاب المرض ، والبراءة من كل عيب .
والصحة يقابلها : البطلان ، وقد استعيرت للمعاني فقليل : صَحَّت الصلاة إذا أسقطت الأداء ، وصَحَّ العقد إذا ترتب عليه أثره وصَحَّ القول إذا طابق الواقع .
وهي مأخوذة من : صَحَّ يَصِحُّ صحّاً وصِحّةً ، فهو صَحيح ، والجمع صحاح .
يقال صَحَّ الشيء : جعله صحيحاً ، والصَّحيح : السليم من العيوب والأمراض ،
ومن الأقوال ما يُعتمد عليه .
والصَّحَّاح بالفتح بمعنى الصحيح ، يقال درهم صَحيح وصَحَّاحٌ ، ويجوز أن يكون بالضم ^(١) .

ب . الصحة في الاصطلاح :

الصحة اصطلاحاً هي : " ترتب الأثر المطلوب من الحكم عليه " ^(٢) .
وهذا التعريف يجمع بين العبادات والمعاملات في حد صحتها ^(٣) .

^(١) انظر (م : صح) : الفروز آبادي / القاموس المخط : ٢٣٣/١ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٥٠٧/١ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٥٠٧/٢ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ١٥٠ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٢٧ .

^(٢) العضد / شرح العضد على ابن الحاجب : ٨/٢ .
وانظر : الشربيني / تقريرات الشربيني : ١٠٠/١ ؛ تيسر التحرير : ٢٣٤/٢ — ٢٣٥ ؛ الآمدي / الأحكام في أصول الأحكام : ١٧٦/١ ؛ الشاطبي / الموافقات : ٢١٦/١ ؛ ابن النجار / شرح الكوكب المنير : ٤٦٨/١ .

^(٣) انظر : الآمدي / الأحكام في أصول الأحكام : ١٧٦/١ ؛ ابن النجار / شرح الكوكب المنير : ٤٦٨/١ .

الفرع ثاني . العقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء :

العقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء هو : " ما استجمع أركانه وشروطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم " ^(١) .

والمراد بكون العقد معتبراً شرعاً في حق الحكم : أي حصوله على وجه تترتب عليه الآثار التي قررها الشارع للعقد الصحيح إثر تمامه ، وذلك يكون باستكمال أركانه وشروطه الموضوعية له شرعاً ، فالصحة هي علة ترتب الأثر ^(٢) .

وهذا التعريف متفق عليه بين الفقهاء في المعنى وإن اختلفت عباراتهم ^(٣) .

وبالرغم من موافقة الحنفية للفقهاء في التعريف السابق إلا أنهم عرفوا العقد الصحيح بتعريف خاص وذلك ليجعلوه في مقابل تعريفهم للعقد الباطل والفاقد نظراً لاختلاف مذهبهم عن مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في التفرقة بين الفاسد والباطل ^(٤) .

وبناء على ذلك فقد عرّف فقهاء الحنفية العقد الصحيح بأنه : ما كان مشروعاً بأصله ، ووصفه ^(٥) .

والمراد بأصل العقد : أركانه ، وشروطه .

(١) البخاري / كشف الأسرار : ٥٣٠/١ .

وانظر : الخلي / شرح الخلي على جمع الجوامع : ٩٩ / ١ ؛ الزركشي / البحر المحيط : ٣١٣/١ ، ٣٢٣ ؛ العلائي / تحقيق المراد : ٢٨٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م) : ١٦٣ ؛ ١٠٧ ؛ الجرجاني / التعريفات : ١٧٣ .

(٢) انظر : الخلي / شرح الخلي على جمع الجوامع : ١٠٠ / ١ - ١٠١ ؛ البني / حاشية البني على شرح الجلال شمس الدين الخلي : ١٠١ / ١ ؛ الشربيني / تقارير الشربيني : ١٠١ / ١ ؛ أمير بادشاه / تيسر التحرير : ٢٣٦ / ٢ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٨٠ / ٢ ؛ الزركشي / البحر المحيط : ٣١٣ / ١ .

(٣) انظر : ابن الممام / فتح القدير : ٤٠١ / ٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م) : ١٦٣ ؛ ١٠٧ / ١ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية الصاري عليه : ٢٧ / ٢ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٠٩ / ٢ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٧٩ / ٢ ؛ الزركشي / البحر المحيط : ٣١٣ / ١ ؛ الغزالي / المستصفى : ٧٦ ؛ السرازي / الحصول : ٢٦ / ١ .

(٤) انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٥٣١ / ١ ؛ ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ .
وتفصيل القول في ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل ، ص : ١٧٢ - ١٧٦ .

(٥) انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٥٣١ / ١ ؛ أمير بادشاه / تيسر التحرير : ٢٣٦ / ٢ ؛ الفتازني / التلويح على التوضيح : ١٢٣ / ٢ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٠ / ٥ .

والمراد بوصفه : الأمور التي قد تتصل به من خارجه فيكون بسببها منهياً عنه ، كأن يتضمن الربا ، أو الغرر ، أو يكون صدراً عن إرادة معينة كوقوع أحد العاقدين تحت تأثير الإكراه .

فإذا اكتملت أركان العقد ، وتوافرت شروطه ، ولم ينه الشرع عنه ، فإنه يحكم بانعقاده ، ويصبح له وجود في نظر الشرع ، فيثبت حكمه في الحال ، فقسي عقد البيع الصحيح يثبت ملك المشتري للمبيع وملك البائع للثمن فور الإنجاب والقبول إلا إذا كلن في البيع خيار ^(١).

الفرع الثالث - المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

إن تعريف الفقهاء للعقد الصحيح يناسب المعنى اللغوي ، فإن الصحة في اللغة ضد السقم ، فالشيء الصحيح هو ما كان على أكمل أحواله ، والفساد هو الخروج عن ذلك . فالعقد إذا اجتمعت أركانه وشرائطه فهو صحيح ؛ لأنه على أكمل أحواله ، فإذا فقد شيئاً منها خرج عن حد الصحة وكان فاسداً ^(٢).

وما تجدر الإشارة إليه أن الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم وهو : ترتب بطلان العقد على فقدان واحد منها ، فالعقد إذا فقد ركناً من أركانه ، أو تخلف شرط من شروط هذه الأركان ، أو ورد لهي من الشارع عنه لوصف اقترن به يكون باطلاً أو فاسداً ، وهذا مبني على عدم تفريقهم بين العقد الباطل والعقد الفاسد فهما عند الجمهور بمعنى واحد ، خلافاً للحنفية ^(٣) .

المطلب الثاني - حكم العقد الصحيح :

حكم العقد الصحيح هو : ثبوت أثره للترتب عليه مما أباحه الشرع للعاقد بالعقد . كالبيع إذا صح ترتب أثره من الملك وجواز التصرف فيه من هبة ووقف وأكل ولبس وانتفاع وغير ذلك ، وكذلك النكاح ، والإجارة ، والوقف وغيرها من العقود ، يترتب على

(١) انظر : السرخسي / أصول السرخسي : ٨٩/١ - ٩٠ ؛ ابن الهمام / فسخ القدير : ٤٠١/٦ - ٤٠٢ ؛ البابرتي / العناية على الهدية : ٤٠١/٦ - ٤٠٢ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٠/٥ .

(٢) انظر : العلاتي / تحقيق المراد : ٢٨٢ .

(٣) انظر تفصيل القول في ذلك في البحث الثاني من هذا الفصل ، ص : ١٧٣-١٧٦ .

صحتها أثرها الذي أباحه الشرع للمتعاقدين بهذه العقود . فالمدلول العام للعقد الصحيح هو إفادته لحكمه المقصود منه ^(١) .

المطلب الثالث — أقسام العقد الصحيح :

ينقسم العقد الصحيح إلى قسمين ^(٢) :

القسم الأول . العقد النافذ :

وهو ما صدر من أهله ، مضافاً إلى محله ، مستوفياً لشروطه ، وترتبت عليه آثاره في الحال ، دون توقف على إجازة أحد ^(٣) .

وينقسم العقد النافذ إلى أقسام :

- ١ — عقد نافذ لازم لا يقبل الفسخ بطريق الإقالة .
- ٢ — عقد نافذ لازم يقبل الفسخ بطريق الإقالة .
- ٣ — عقد نافذ لازم في حق أحد الطرفين ، غير لازم بحق الطرف الآخر .
- ٤ — عقد نافذ غير لازم من الطرفين ، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالعقد الجائز .
- ٥ — عقد نافذ غير لازم من الطرفين ، غير أنه قد يؤول إلى اللزوم ^(٤) .

القسم الثاني . العقد غير النافذ ، وهو العقد الموقوف :

قبل تعريف العقد الموقوف وبيان حكمه إجمالاً لا بد من الإشارة أولاً إلى أن القائلين

(١) انظر : الزركشي / البحر المحيط : ٣١٣/١ ؛ ابن النجار / شرح الكوكب المنير : ٤٦٧/١ .

(٢) انظر : الحموي / غمز عيون البصائر : ٤٣٨ / ٣ — ٤٣٩ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المحتار على الدر المختار : ٥٠ / ٥ .

(٣) انظر : البخاري / التوضيح على التنقيح : ١٢٣/٢ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٨٢/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٣ ، ٣٧٤) : ٩٥/١ ، ٣٤٠ .

(٤) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٣) : ٩٥/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٧٥ — ٢٦٧ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٥/٢ — ١٢٩ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٧٧/١ — ٥٧٨ . وانظر الفصل الرابع من هذا الباب ، ص : ٢٥٩ — ٢٥٣ .

بالعقد الموقوف هم : الحنفية ^(١) ، والمالكية ، والشافعية في القدم ، ورواية عن الإمام أحمد ^(٢) .

أما الشافعية في الجديد ، والرواية الثانية عند الحنابلة وهي المذهب ، فالعقد الموقوف والباطل والفاسد سواء ^(٣) .

ويرى الإمام ابن القيم — رحمه الله — أن ظاهر مذهب أحمد التفصيل ، فإن كان المتصرف معذورا لعدم تمكنه من الاستئذان وكانت الحاجة داعية للتصرف وقف العقد على الإجازة بلا نزاع عنده ، وإن أمكنه الاستئذان أو لم تكن به حاجة إلى التصرف ففيه النزاع ^(٤) .

إذا علم هذا فبيان العقد الموقوف يتجلى بتعريفه وبيان حكمه إجمالا ، كما يلي :

أولا - تعريف العقد الموقوف :

العقد الموقوف هو : العقد المشروع بأصله ووصفه الذي تتوقف إفادته الحكم على الإجازة ممن يملكها شرعا .

وهذا التعريف مستفاد من تعريفات الفقهاء للعقد الموقوف ، وهو يجمع بينها نظرا لاختلافهم في تعريفه فمنهم من عرفه بتعريف العقد الصحيح مع تقيده بعدم النفاذ ، أو بوصف من الأوصاف المؤثرة في عدم نفاذه كتعلق حق الغير به وتقييد التعريف بتعلق حق الغير به يجعله غير جامع ؛ لأن تعلق حق الغير بالمعقود عليه أحد أسباب وقف العقود ،

^(١) اختلف فقهاء الحنفية في العقد الموقوف هل هو من أقسام الصحيح ، أو أنه قسم آخر مغاير للصحيح والصحيح للمعتمد في المذهب أن العقد الموقوف قسم من أقسام الصحيح .

انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٧٧/٥ ، ٧٦/٦ ؛ ابن عابدين / منحة الخالق على البحر الرائق : ٢٧٧/٥ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٠١/٤ ، ٥٠/٥ ؛ الزيلعي / تبين الحقائق : ٤٤/٤ ؛ ابن الممام / فتح القدير : ٦/٤٠٠ ؛ حيدر / درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٩٥/١ .

^(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤٨/٥ — ١٤٩ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ١١/٣ — ١٢ ؛ الخريزي / الخريزي على مختصر خليل : ١٨/٥ ، ٢٩٢ ؛ العدوي / حاشية العدوي على الخريزي : ٢٩٢/٥ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ١٦٣ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٩٦/٤ ، ٣٢١ ، ٥٦٨ ؛ الررداي / الإنصاف : ٢٨٣/٤ .

^(٣) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٥ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٥٥/٣ ؛ النووي / المجموع : ٢٥٩/٩ ؛ الماوردي / الحاوي : ٤٠٣/٦ ؛ الشربيني / معني الخراج : ١٥/٢ ؛ المرداوي / الإنصاف : ٢٨٣/٤ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٥٧/٣ — ١٥٨ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٩٦/٤ .

^(٤) انظر : إعلام الموقعين : ٢٧/٢ .

وهناك أسباب أخرى كصدور العقد من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره منه كالصبي المميز في عقود المعاوضات ^(١) .

ثانياً - حكم العقد الموقوف :

العقد الموقوف لا يترتب عليه أثره قبل الإجازة ممن يملكها شرعاً عند القائلين به ، فالحكم فيه يتراخى إلى حين صدورها ، فإن أجاز نفذ وإن لم يجز بطل .

فإن كان يبيعاً للملك الغير لم يترتب عليه أثره من نقل ملكية المبيع من المالك إلى المشتري ، وينعقد موقوفاً على إجازة المالك . جاء في مجلة الأحكام : البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة ^(٢) .

وإن كان التصرف صادراً من الوكيل متجاوزاً فيه حدود الوكالة ، فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الموكِّل ، كما لو اشترى الوكيل بماله موكله ما لم يأذن به ، أو باع ماله بغير إذنه ، أو اشترى لغير موكله بعين ماله ^(٣) .

وإن كان التصرف صادراً من الصبي المميز في التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، كعقود البيع والشراء والإجازة والمزارة والمساقاة والشركة والنكاح ، فإنها تنشأ صحيحة من الصبي المميز ، إلا أنها موقوفة على إذن وليه وإجازته ، فتبطل بدونها . وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين .

(١) انظر : ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٠/٥ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٥/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١١١) : ٩٤/١ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام : ٩٤/١ ؛ ابن حزمي / القوانين الفقهية : ١٦٣ ؛ التسولي / البهجة شرح التحفة : ٧٤/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ١٢/٣ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٥٥/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٩٦/٤ ، ٣٢١ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٤١٩/١ .

(٢) (م : ٣٧٧) . وانظر : شرحها في درر الأحكام : ٣٤١/١ ، و (م : ٣٧٨) وشرحها في درر الأحكام : ٣٤٢/١ ، الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤٨/٥ ؛ ابن حزمي / القوانين الفقهية : ١٦٣ ؛ الخرشي / الخرشي على مختصر خليل : ١٨/٥ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٣٥٥/٣ ؛ النووي / المجموع : ٢٥٩/٩ .

(٣) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٩٦/٤ .

وذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب إلى عدم صحتها ، فإذا وقعت من الصبي المميز كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر^(١) .

فالعقد في الصور السابقة يكون قبل الإجازة موقوفا لا يترتب عليه أثره حتى ترد عليه الإجازة ممن يملكها شرعا .

وخلاصة القول أن العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكن نقضه أحد عنصري النفاذ للملك أو الأهلية ، ولذلك لا تترتب عليه آثاره إلا بإجازة صاحب الحق ، فإن أجازته نفذ وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وترتبت عليه آثاره ، وإلا بطل .

ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف فالشافعية والحنابلة ينكرون هذه المرتبة ، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل ، ويجعلون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لا من عناصر النفاذ .



(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٤٩/٥ ؛ الخرشي / الخرشي على مختصر خليل : ٢٩٢/٥ ؛ النووي /

روضة الطالبين : ٣٤٤/٣ — ٣٤٥ ؛ البهري / كشف القناع : ١٥١/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر

الخرقي : ٣٢١/٤ ؛ المرداري / الإنصاف : ٢٦٧/٤ .

وانظر من هذا البحث ، ص : ٧٩-٨٠ .

المبحث الثاني — العقد غير الصحيح .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول — تعريف العقد غير الصحيح :

العقد غير الصحيح هو : الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه ، أو ورد في الشرع نهي عنه ، أو جاء مخالفاً لنظامه الشرعي عن قصد أو بدون قصد ، فلا يصلح لترتب الآثار الشرعية عليه ^(١) .

قال الغزالي ^(٢) : " كل سبب منصوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال إنه صَحٌّ ، وإن تخلف عنه مقصوده يقال إنه بطل . فالباطل هو الذي لا يثمر لأن السبب مطلوب لثمرته ، والصحيح هو الذي أثمر " ^(٣) .

ويعبر الفقهاء عن هذا القسم بالعقد الفاسد أو الباطل .

وهنا يرد سؤال هل العقد الباطل والفاسد في درجة واحدة ، ولهما حكم واحد ؟ أم أنهما على درجات متفاوتة ومراتب مختلفة ؟

الجواب على هذا يتضح من خلال المطالب التالية .

المطلب الثاني — التعريف بمصطلح الباطل والفاسد :

وفيه فرعان :

الفرع الأول . حدهما في اللغة :

أ . الباطل لغة :

الباطل : ضد الحق ، والجمع بَوَاطِل كما في التهذيب .

(١) انظر : الشاطبي / الموافقات : ٢١٩/١ - ٢٢٠ ؛ الغزالي / المستصفى : ٢٢١ .

(٢) محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطُّوسِيّ ، الشافعي ، القُرْطَبِيُّ — بتشديد الزاي ، وقيل بتخفيفها — الملقب بحجة الإسلام (٤٥٠ - ٥٠٥ هـ) : أبو حامد ، زَيْن الدين ، فقيه شافعي ، أصولي ، متكلم ، متصوف ، لازم إمام الحرمين ، فروع في الفقه في مدة قريية ، ومهر في الكلام والجدل حتى صار عين المناظرين . من تصانيفه : (الوجيز) ، (الوسيط) في الفقه ، و(المستصفى) في الأصول ، و(تحفاته الفلاسفة) ، و(إحياء علوم الدين) .

[انظر : ابن السبكي / طبقات الشافعية : (١٩١/٦ - ٣٨٩) ؛ ابن خلكان / وفیات الأعيان : (٢١٦/٤ -

٢١٩) ؛ الذهبي / سير أعلام النبلاء : (٣٢٢/١٩ - ٣٤٦) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١١/٢٦٦ - ١٦٧) .

(٣) المستصفى : ٧٦ .

وقيل يجمع الباطل أباطيل على غير قياس . وهذا مذهب سيويه ^(١) .
والباطلان في أصل اللغة : سقوط الشيء لفساده ، وهو مأخوذ من : بَطَلَ الشيء يُبْطَلُ
بُطْلًا وبُطُولًا وبُطْلَانًا أي : ذهب ضياعاً وخُسْرًا ، وفسد وسقط حكمه ، وإبطال الشيء :
إفساده وإزالته حقاً كان ذلك الشيء أو باطلاً .
ومنه قولهم : بَطَلَ البيع والحكم والدليل والعمل ، فهو باطل ، وأَبْطَلَهُ جعله باطلاً ^(٢) .
وقوله تعالى : ﴿ يُجِئُ الْحَقُّ وَيَمْيِلُ الْبَاطِلُ ﴾ ^(٣) .

ب - الفاسد لغة :

الفساد : نقيض الصلاح ، وهو في أصل اللغة : خروج الشيء عن الاعتدال قليلاً كلن
الخروج عنه أو كثيراً ، ويستعمل ذلك في النفس والبدن والأشياء الخارجة عن الاستقامة ^(٤) .
ويطلق الفساد على عدة معان هي : التلف والإعطاب ، والاضطراب والخلل ،
والجذب والقحط ، وإلحاق الضرر .
يقال : فَسَدَ اللبن أو اللحم أو الفاكهة فَسَادًا : أَتَنَ وأعْطَبَ ، والعقد ونحوه : بَطَلَ ،
والرجلُ : جاوز الصواب والحكمة . والأمور : اضطربت وأدركها الخلل ^(٥) .
والمفسدة : خلاف المصلحة ، وهي الضرر ، والجمع مفاسد ، يقال هذا الأمر مفسدةٌ
لكذا أي فيه فساد ^(٦) .

(١) عمرو بن عثمان بن قنبر الفارسي ثم البصري سيويه (١٨٠هـ / ٧٩٦م) : أبو بشر ، إمام النحو ، حجة
العرب أديب . أخذ النحو والأدب عن : الخليل بن أحمد ، ويونس بن حبيب ، وأبي الخطيب الأحمش ،
وعيسى بن عمر . طلب الفقه والحديث مدة ، ثم أقبل على العربية ، فبرع وساد أهل العصر ، وألف فيها كتابه
الكبير . ورد بغداد وناظر بها الكسائي ، وتعصبوا عليه ، وجعلوا للعرب جعلاً حتى وافقوه على خلافه .
من مصنفاته : كتاب سيويه في النحو .

[انظر : كحالة / معجم المؤلفين / ١٠/٨ ، الذهي / ستر أعلام النبلاء : ٣٥١/٨ - ٣٥٢] .

(٢) انظر (م : بطل) : الفروز آبادي / القاموس المخطوط : ٣٣٥/٣ ، الجوهري / الصحاح : ١٦٣٥/٤ ؛ أنس
وآخرون / المعجم الوسيط : ٦١/١ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ١١/١ ؛ الرازي / مختار الصحاح : ٢٣ ؛
الفيومي / المصباح المنير : ٢٠ ؛ الأصفهاني / المفردات في غريب القرآن : ٥٠ - ٥١ .

(٣) سورة الأنفال : آية ٨ .

(٤) انظر : الأصفهاني / المفردات في غريب القرآن : ٣٧٩ .

(٥) انظر : أنس وآخرون / المعجم الوسيط : ٦٨٨/٢ .

(٦) انظر (م : فسد) : الفروز آبادي / القاموس المخطوط : ٣٢٢/١ ؛ أنس وآخرون / المعجم الوسيط :
٦٨٨/٢ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٣٣٥/٣ ؛ الأصفهاني / المفردات في غريب القرآن : ٣٧٩ ؛
الرازي / مختار الصحاح : ٢١١ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٨٠ .

الفرع الثاني - حدهما في الاصطلاح :

أولاً : الباطل والفاقد مترادفان في فقه العبادات باتفاق الفقهاء :

الباطل والفاقد مترادفان في فقه العبادات باتفاق الفقهاء ، ويتحقق الفساد أو البطلان — على حد سواء — في العبادة بفوات ركن أو شرط ، فالعبادة الفاسدة والباطلة بما فات فيها ركن أو شرط ^(١) .

ثانياً - اختلاف الفقهاء في التفريق بين العقد الباطل والفاقد في المعاملات :

اختلفت الحنفية مع جمهور الفقهاء في أنواع العقد غير الصحيح — الباطل والفاقد — وهل هما في درجة واحدة ، ولهما حكم واحد ؟ أم أنهما على درجات متفاوتة ومراتب مختلفة ؟ وبناءً على هذا فقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في حدهما اصطلاحاً كما يلي :

أ - مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن العقد غير الصحيح ينقسم بحسب موضع الخلل الذي وقع فيه إلى قسمين :

١ - العقد الباطل وهو : ما لم يشرع بأصله ، ولا بوصفه ^(٢) .

فالعقد الباطل عقد فائت المعنى من كل وجه مع وجود صورته ، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم ، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل ^(٣) ؛ " لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً ، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة " ^(٤) .

(١) انظر : ابن نجيم / الأضواء والنظائر : ٣٣٧ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٢٣٦/٢ ؛ الشاطبي / الموافقات : ٢٢١/٢-٢٢٢ ؛ الآمدي / الإحكام في أصول الأحكام : ١٧٦/١ ؛ الإنسوري / التمهيد : ٥٩ ؛ ابن حجر / شرح الكوكب المنير : ٤٧٣/١ .

(٢) انظر : التفتازاني / التلويح على التوضيح : ١٢٣/٢ ؛ ابن نجيم / الأضواء والنظائر : ٣٣٧ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٥/٦ ؛ الزيلعي / تبيين الحقائق : ٤٤/٤ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٠١/٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١١٠) : ٩٤/١ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٤٩/٥ .

(٣) انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٥٣١/١ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٥/٥ ؛ الجرجاني / التعريفات : ٦١ .

(٤) الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٥/٥ .

٢- العقد الفاسد وهو : ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ^(١) .

وهو عقد منقذ ^(٢) ، لكنه يستحق الفسخ كما يصرح بذلك فقهاء الحنفية إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً وله وجود شرعي ، ولكنه عقد غير صحيح لوقوع الخلل والمخالفة في وصف من الأوصاف المقررة في العقد ، وإنما أطلقوا للمشروعية على الأصل ؛ لأن العقد الفاسد لو خُلّي عن الوصف المنهي عنه لكان مشروعاً ، وإلا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعاً أصلاً ، كالنهي عن بيع الربا ^(٣) ، فالربا عقد بيع وزيادة منفعة ، والبيع مشروع باعتبار ذاته ، وقد وجدت حقيقته وأركانه ، ولكنه غير مشروع باعتبار ما اشتمل عليه من الوصف المنهي عنه وهو زيادة منفعة لأحد المتعاقدين بلا مقابل ، فلو خُلّي البيع عن الوصف المنهي عنه وهو الزيادة فإنه يرجع إلى الصحة ولا يبقى مطلوب الفسخ ؛ لأن النهي في الربا راجع إلى أمر خارج عن العقد وهو الزيادة ^(٤) .

ولذلك عرف البخاري ^(٥) الفاسد بأنه : " ما كان مشروعاً في نفسه فائت المعنى من

(١) انظر : الفتاوي / التلويح على التوضيح : ١٢٣/٢ ؛ البخاري / كشف الأسرار : ٥٣٠/١ ؛ ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٤/٦ ؛ الزيلعي / تبيين الحقائق : ٤٥/٤ ؛ ابن القيم / فتح القدير : ٤٠١/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٤٩/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٠٩) : ٩٤/١ ؛ الجرجاني / التعريفات : ٢١٤ .

(٢) المراد بانقضاء العقد عند الحنفية هنا : وجوده في نظر الشارع واعتباره قائماً ، وإن لم يكن سليماً من العيوب . وهذا يخالف رأى جمهور الفقهاء الذين يرون أن العقد لا ينقذ ، إلا إذا سلم من جميع عيوبه التي هي الشوارع عنها .

(٣) " أي بيع مشتمل على اشتراط زيادة بلا عوض حقيقة أو شبهة كبيع الدرهم بالدرهمين وبيع السر بالسر متفاضلاً " . [أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٣٨٠/١]

(٤) انظر : أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٣٨٠/١ - ٣٨١ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٤/٦ - ٧٥ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٤٩/٥ .

(٥) عبد العزيز بن أحمد البخاري (٧٣٠ هـ / ١٣٣٠ م) : علاء الدين ، الفقيه ، الأصولي ، الحنفي . تلقه على عمه محمد بن محمد فخر الدين الماتريفي تلميذ شمس الأئمة محمد بن عبد الستار بن محمد الكردي ، وأخذ أيضاً عن حافظ الدين الكبير محمد البخاري عن الكردي عن صاحب الهداية عن نجم الدين عمر النسفي عن أبي اليسر محمد البزدي عن إسماعيل بن الصادق عن عبد الكريم البزدي عن أبي منصور الماتريدي عن أبي بكر الجوزاني عن محمد . من تصانيفه : شرح أصول البزدي المسمى (كشف الأسرار) ، شرح المنتخب الحسيني للأخسيكي ، المسمى (التحقيق) ، كتاب (الأفتة) ذكر فيه فناء المسجد وفناء مصر ، و (شرح الهداية) في فروع الفقه الحنفي إلى باب النكاح . [انظر : القرشي / الجواهر المضية : ٤٢٨/٢ (رقم الترجمة : ٨٢٠) ؛ الكنوي / الفوائد الهية في تراجم الحنفية : ٩٤-٩٥ ؛ البغدادي / هدية العارفين : ٥٨١/١ ، الزركلي / الأعلام : ١٣/٤ - ١٤ ؛ كحالة / معجم المؤلفين : ٢٤٢/٥] .

وجه للملازمة ما ليس بمشروع إياه مع تصور الانفصال في الجملة " (١).

فالعقد الفاسد له شبهان ، فهو يشبه العقد الصحيح من ناحية كونه مشروعاً بأصله ؛ لتوفر ركنه ، وشروط انعقاده وسلامتها . ويشبه العقد الباطل في كونه غير مشروع بوصفه ، فالعقد الفاسد هي الشارع عنه لما اتصل به من الأوصاف المنهي عنها . قال ابن عابدين : " إن الفاسد مبين للباطل ؛ لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلاً . وأيضاً حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيد أصلاً ، وتباين الحكيم دليل تباينهما " (٢)

وإذا فالعقد الفاسد مرتبة وسط بين العقد الصحيح والباطل ، وعلى هذا تطلق الصحة عند الحنفية على مقابلة الفساد كما تطلق على مقابلة البطلان (٣).

ب - مذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد غير الصحيح هو العقد الباطل أو الفاسد ، فهما لفظان مترادفان ، معانها واحد (٤).

يقول أبو الخطاب (٥) : إن الفساد والبطلان سواء ؛ لأن الفساد في العبادات والمعاملات " هو أنه لا تستوفي شرائط العقد والعبادة التي يحصل معها الغرض المقصود " (٦)

(١) كشف الأسرار : ٥٣١/١ .

(٢) حاشية رد اختار على الدر المختار : ٤٩/٥ .

(٣) انظر : البحاري / كشف الأسرار : ٥٣١/١ .

(٤) انظر : الرازي / المحصول : ٢٦/١ ؛ السبكي وابن السبكي / الإجماع في شرح المنهاج : ٦٩ - ٦٨/١ ؛

الأمدي / الأحكام في أصول الأحكام : ١٧٦/١ ؛ آل تيمية / المسودة في أصول الفقه : ٨٠ ؛ القاري /

مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٦٤) : ١٠٨ ؛ أبو النور زهير / أصول الفقه : ٧١/١ .

(٥) محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوثاني البغدادي (٤٣٢هـ / ١٠٤١م - ٥١٠هـ / ١١١٦م) : أبو الخطيب

الفقيه ، إمام الحنابلة في وقته ، وكان شاعراً فاضلاً . أصله من كلودا بضواحي بغداد ، ومولده ووفاته ببغداد .

تفقه على القاضي أبي يعلى وزلمه حتى برع في المذهب والحنلاف ، وسمع الحديث من الجوهري والعشائري ،

وأبي علي الجازري ، والمباركي ، وأبي الفضل بن الكوفي ، والقاضي أبي يعلى ، وأبي جعفر بن مسلمة وغيرهم .

من تصانيفه : (التمهيد) في أصول الفقه ، و (الهداية) في الفقه ، والحنلاف الكبير المسمى (الانتصار في

المسائل الكبرى) ، والحنلاف الصغير المسمى (برعوس المسائل) ، و (التهذيب) في الفرائض ، (والفرائض

الخمسة) ، و (مناسك الحج) .

[انظر : ابن تيمري بردي / التحريم الزاهرة : ٢٠٨ / ٥ ؛ ابن رجب / ذيل طبقات الحنابلة : ١١٦ ؛

الزركلي / الأعلام : ٢٩١/٥] .

(٦) التمهيد في أصول الفقه : ٣٨١/١ .

وهذا يشمل كل ما يتوقف عليه صحة العمل من أركان وأسباب وشروط وانتفاء موانع .

وعلى هذا يعرف جمهور الفقهاء العقد الباطل أو الفاسد بأنه : عدم طلب العقد لغايته لكونه فقد ركناً من أركانه ، أو شرطاً من شروطه ^(١) .
فَتَحَلَّفُ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْكَانِ وَالشُّرُوطِ يُجْعَلُ الْعَقْدُ فَاسِداً وَإِنْ شَتَّتْ قُلْتُ بَاطِلاً لَا فَرْقَ .
وهذا يتبين أن الجمهور يخالفون الحنفية فيما يسميه الحنفية بالفاسد حيث يعتبره الجمهور من قبيل الباطل ، ويعتبره الحنفية مرتبة بين الصحيح والباطل .

المطلب الثالث — منشأ الخلاف بين الحنفية ، وجمهور الفقهاء :

إن منشأ الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء في ظهور مرتبة الفساد عند الحنفية خلافاً للجمهور يرجع إلى اختلافهم في النهي الوارد على الوصف الملازم للتصرف .
فهل النهي الوارد على وصف لازم من أوصاف العقد يلحق بالنهي الوارد على أصل العقد في الحكم ، أم لا ؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن النهي يدل على فساد ذلك الوصف ، دون أصله ، ذلك أن النهي إذا توجه إلى وصف الشيء كان مقتضاه بطلان هذا الوصف فقط أما حقيقته فتبقى موجودة ويثبت لكل منهما مقتضاه ، كالنهي عن عقود الربا فإن النهي من أجل الزيادة العارية عن العوض ، والزيادة ليست العقد ولا جزءاً له بل وصفاً له ، فإذا زال الوصف المنهي عنه صار العقد مشروعاً ^(٢) .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن النهي لوصف العقد الملازم يفيد الفساد شرعاً كالمنهي عنه لعينه ، ذلك أن النهي عموماً يقتضي

(١) أبو النور زهير / أصول الفقه : ٧١/١ .

وانظر : الدردير / الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه : ٢٧/٢ ؛ الزركشي / المنصور في القواعد : ٤٠٩/٢ ؛ الزركشي / البحر المحيط : ٣٢٣/١ — ٣٢٤ ؛ الغزالي / المستصفى : ٢٢١ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٣٧٦/١ ؛ العلاتي / تحقيق المراد : ٢٨١ — ٢٨٢ .

(٢) انظر : البحاري / كشف الأسرار : ١/٥٤٧ — ٥٥١ ؛ الخلي / شرح الخلي على جمع الجوامع : ٣٩٤ — ٣٩٨ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٣٨٠/١ — ٣٨١ ؛ المكّي / تذيب الفروق : ٩٦/٢ — ٩٧ ؛ السراي / المخصول : ٣٤٤/١ .

عدم وجود العقد شرعاً ، فيكون العقد باطلاً وفاسداً ، سواء أورد النهي على ما يتعلق بوجود العقد وحقيقته من أركان العقد ومقوماته ، أم ورد على وصف ملازم له ؛ لأن الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم ، و يترتب على ذلك أن العقد الذي كذلك لا يترتب عليه آثاره لأنه عقد غير مشروع ^(١) .

يبين الإمام الشاطبي — رحمه الله — حقيقة الخلاف بين الحنفية و جمهور الفقهاء فيقول : إن العقود لما كانت راجعة إلى مصالح الدنيا كان النظر فيها راجعاً لاعتبارين : أحدهما : من حيث هي أمور مأذون فيها أو مأمور بها شرعاً .

والثاني : من حيث هي راجعة إلى مصالح العباد .

فأما الأول : فاعتبره قوم بإطلاق ، وأهلوا النظر في جهة المصالح ، وجعلوا مخالفة أمره مخالفة لقصده بإطلاق ، كالعبادات المحضة سواء . وكأنهم مالوا إلى جهة التعبد . فكما أن العبادة الخارجة عن مقتضى خطاب الشارع لا تصح ، فكذلك العقود الخارجة عن مقتضى خطاب الشارع لا تصح أيضاً .

وعلى ذلك : فمواجهة أمر الشارع بالمخالفة يقتضي خروج ذلك الفعل عن مقتضى خطابه ، وهذا يقتضي عدم مشروعية الفعل ، وغير المشروع باطل .

وأما الثاني : فاعتبره قوم لا مع إهمال الأول . بل جعلوا الأمر مستزلاً على اعتبار المصلحة ، بمعنى أن المعنى الذي كان العمل لأجله باطلاً ينظر فيه :

فإن كان حاصله أو في حكم الحاصل ، بحيث لا يمكن تلافيه ، بطل العمل من أصله . كبيع الملاحيق والمضامين فإن المعنى الذي بطل البيع من أجله حاصل مستند ، لأن بيع ما في بطون الأمهات منعدم فيه ركن البيع ، ولا يتأتى تلافي تصحيحه .

وإن كان المعنى الذي لأجله كان العمل باطلاً حاصله مدة أو في حكم الحاصل ، لكن يمكن تلافيه لم يبطل أصل ذلك العمل .

من أمثلة ذلك البيع والسلف منهى عنه ، فإن أسقط مشترط السلف شرطه ، جاز لهما ما عقدها ، ومضى على بعض الأقوال .

(١) انظر : المحلى / شرح اخلي على جمع الجوامع : ٣٩٤ — ٣٩٦ ؛ الأصفهاني / بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب : ٩٨/٢ ؛ القرافي / الفروق (الفرق : ٧٠) : ٨٢/٢ — ٨٦ ؛ المكّي / تذييب الفروق : ٩٧/٢ — ١٠٠ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٥٤/٣ ؛ الفراني / المستصفي : ٢٢١ ؛ آل تيمية / المسودة في أصول الفقه : ٨٢ — ٨٣ ؛ ابن اللحام / القواعد والفوائد الأصولية : ١٦٠ .

وعلى مقتضى هذا القول جرى الحنفية في تصحيح العقود الفاسدة ، ككناك الشغار ، والدرهم بالدرهمين ، إلى غير ذلك من العقود التي هي باطلة على وجه ، فيزال ذلك الوجه فيمضي العقد . فمعنى هذا أن نفي الشارع كان لأمر ؛ فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي ، فصار العقد موافقاً لحكم الشارع .
وهذا الوجه بناءً على أن مصالح العباد مغلبة على حكم التعبد ^(١) .

المطلب الرابع — فيما خالف فيه الجمهور أصلهم القاضي بترادف البطلان والفساد :

الأصل العام عند جمهور الفقهاء والذي سبق تقريره هو : أن العقد الباطل والفساد سواء ، وذلك لأن الشروط اللازمة لصحة العقد عند الجمهور كلها سواء في الحكم ، فتختلف ركن من الأركان أو شرط من الشروط يجعل العقد باطلاً أو فاسداً على حد سواء .
إلا أن جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة خالفوا هذا الأصل في بعض الأبواب ، والمسائل الفقهية ، ففرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، وبعبارة أدق يمكن القول إنهم خصَّصوا هذه الفروع من الأصل العام عندهم .
وحقَّتُضَح صورة ذلك ، نورد بعضاً من أقوال علماء المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وبعض المسائل التي قرروا فيها تباين الفساد والبطلان :

أولاً . المالكية :

ذكر المالكية في المشهور من المذهب أن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك ؛ وذلك لمراعاة الخلاف بينهم وبين الحنفية ^(٢) .
ومراعاة الخلاف مما يحتج به الإمام مالك — رحمه الله تعالى — إذا رجع دليل المخالف على دليله في لزوم .

(١) الموافقات (بتصرف) : ٢١٨/١ — ٢١٩ . وانظر : أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٨١/١ — ٨١ ؛ التلمساني / مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول : ٣٩-٤١ .

(٢) انظر : عليش / شرح منح الجليل : ٢/٥٥٠-٥٥١ ؛ الوشرسي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ق : ٩٤) : ٣٥٥ ؛ القراني / شرح تنقيح الفصول : ٧٧ .

وهو قاعدة يستند عليها أهل المذهب كما صرح بذلك الإمام أبو عبد الله الأنصاري — رحمه الله — ^(١).

وحد مراعاة الخلاف هو : " إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر " ^(٢).

وصورته في البيع الفاسد : أن البيوع المنهي عنها كالبيع الذي فقد ركنا من أركانه أو شرطاً من شروط صحته باطلة ، ويجب فسخها على كل حال ، فالنهي دليل مدلوله فساد المنهي عنه ، ولازم هذا المدلول وجوب فسخ البيع الفاسد على كل حال ؛ فإذا وقع يجب فسخه على كل حال ، سواء أكانت السلعة قائمة أم فائتة ^(٣) ، ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين ، فيلزمهما فسخ العقد قبل القبض وبعده بأن يرد البائع الثمن للمشتري ، ويرد للمشتري المبيع للبائع ، فإن فات للمبيع رد قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن كان مثلياً .

^(١) وقد أسهب الإمام أبو عبد الله الأنصاري — رحمه الله — في شرحه على حدود ابن عرفة في بان هذا الأصل . [انظر : شرح حدود ابن عرفة : ١٧٧-١٨٣] .

محمد بن قاسم الرصاص الأنصاري التونسي (٨٣١ - ٨٩٤ هـ) : أبو عبد الله ، قاضي الجماعة بتونس . ولد بتلمسان ، ونشأ واستقر بتونس وعاش وتوفي فيها . اقتصر في آخر أيامه على إمامة جامع الزيتونة والخطابة فيه متصدراً للإفتاء وإقراء الفقه والعربية .

أخذ عن العزلي وابن عقاب والأخوة القلشانيين وأبي القاسم العبدوسي وقاسم العقباتي وغيرهم . من مصنفاته : (التسهيل والتقريب والتصحيح لرواية الجامع الصحيح) و (تذكرة المحبين في أسماء سيد المرسلين) و (الجمع الغريب في ترتيب أي مغني اللبيب) و (الهداية الكافية) في شرح الحدود الفقهية لابن عرفة و (فهرسة الرصاص) و (تحفة الأخيار) في الشرائع النبوية .

[انظر : مخلوف / شجرة النور الزكية : ٢٥٩ ؛ الزركلي / الأعلام : ٥/٧]

^(٢) ابن عرفة / الحدود : ١٧٧ .

وأضاف العلامة حسن المشاط ما يوضح هذا الحد فقال " إعمال المجتهد للدليل خصمه المخالف ، في لازم مدلوله ، الذي أعمل في نقيضه دليل آخر . وذلك كإعمال مالك دليل خصمه القاتل بعدم فسخ نكاح الشغار ، في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين المتزوجين بالشغار فيما إذا مات أحدهما ، فالمدلول هو عدم الفسخ ، وأعمل مالك في نقيضه وهو الفسخ دليلاً آخر ، فمذهب مالك وجوب الفسخ ، وثبت الإرث إذا مات أحدهما " [الجواهر الضميمة في بيان أدلة عالم المدينة : ٢٣٥ ؛ وانظر : الرصاص / شرح حدود ابن عرفة : ١٧٨ - ١٧٩] .

^(٣) انظر بيان ما يفوت به المبيع بيعاً فاسداً : الدردير / الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه : ٣٦/٢ .

ثم إن نفاذ تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا يبيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك مما يفوت المبيع ناشئ عن شبهة العقد ، وإذن البائع في القبض والتصرف ، أما البيع الفاسد نفسه فلم يعض ولم يصحح ، بل يفسخ على كل حال ^(١) .

فأعمل مالك رحمه الله دليل الحنفية القائل بعدم بطلان البيع الفاسد إذا تصرف فيه المشتري ، في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الملك ونفاذ تصرف المشتري في المبيع .

فالباع الفاسد بمعنى البيع الباطل عند المالكية وهو يشمل كل منهى عنه سواء ألداته أم لوصفه اللازم ^(٢) . ومع هذا فإنهم يميزون في البيع بين المحرم والمكروه ، فالبيع الفاسد عند مالك تنقسم إلى مُحَرَّمَة ، ومكروهة . فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنه بعض البيوع الفاسدة بالقبض خفية الكراهة عنده في ذلك ^(٣) .

وخلاصة القول أن ما ذكره المالكية لا يُعدُّ خروجاً عن أصلهم القاضي بترادف الفساد والبطلان وإنما تخصيصاً له بمقتضى الدليل الشرعي ، ولا يقال إن المالكية يصححون البيع الفاسد في حالة الفوت أو يعطونه حكم الصحيح فيثبتون عليه آثاره ، بل إن نفاذ تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا يبيع أو هبة أو غير ذلك ناشئ عن شبهة العقد وإذن البائع في القبض والتصرف ، ونتيجة لهذا النفاذ نشأ فوت العين فاقتضى ذلك الرجوع بقيمتها تحقيقاً للعدل ^(٤) .

ثانياً - الشافعية :

من الثابت المقرر عند الشافعية أن هناك تبايناً بين الباطل والفاسد في بعض الأبواب ، والمسائل الفقهية ، منها : الحج والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض وغيرها ^(٥) ، إلا أن هذا التباين بين الباطل والفاسد في بعض الأبواب والمسائل الفقهية ليس على أصل الحنفية

(١) انظر : ابن رشد / المقدمات : ٢٠٣/٣ - ٢٠٤ ؛ القرطبي / الكافي في فقه أهل المدينة : ٣٥٦ - ٣٥٧ ؛ ابن

رشد / بداية الجتهد : ١٤٥/٢ - ١٤٦ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ١٧٢ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه : ٢٧/٢ ، ٣٥ .

(٢) انظر : الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٥٤/٣ .

(٣) ١٤٥/٢ - ١٤٦ .

(٤) انظر : مالك / المدونة الكبرى : ٢٠٩/٣ ؛ ابن رشد / بداية الجتهد : ١٤٦/٢ ؛ العلاني / تحقيق المراد :

٢٨٤ ، ٣٠٦ - ٣٠٧ ؛ الزركشي / البحر المحيط : ٣٢١/١ .

(٥) انظر : السيوطي / الأضواء والنقائر : ٢٨٦ ؛ الإسنوي / التمهيد : ٥٩ - ٦٠ .

في تفرقتهم بين المنهي عنه لوصفه اللازم والمنهي عنه لعينه كما صرح بذلك الإمام ابن السبكي ^(١) نقلا عن علماء الشافعية ^(٢) ، وأيضا فقد نفى العلاني ^(٣) حصول تناقض عند الشافعية في اقتضاء النهي بطلان المنهي عنه لعينه أو لوصفه اللازم ^(٤) .

ووجه تفرقتهم بين الفاسد والباطل في بعض الأبواب والمسائل الفقهية أنهم وجدوا بعض المسائل الفقهية قد تحتل فيها بعض الشروط ، ومع ذلك يرتب عليها الشارع بعض آثار الصحيح ، بخلاف ما احتل فيها ركن ، فلا يرتب عليها شيئا من آثار الصحيح ، فأطلقوا الفاسد على القسم الأول ، والباطل على الثاني تمييزا بينهما ، لا بناء على أصل الحنفية أن الفاسد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، والباطل ما كان غير مشروع بأصله ولا وصفه ^(٥) .

(١) عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن تمام السبكي (٧٢٧ - ٧٧١ هـ) : أبو نصر ، تاج الدين ، من كبار فقهاء الشافعية ، تفقه على يد أبيه ، وقرأ بنفسه على المزني ولازم الذهبي . برع حتى فاق أقرانه ، درس بمصر والشام ، أمعن في طلب الحديث وكتب الأجزاء والطبقات مع ملازمة الاشتغال بالفقه والأصول والعربية حتى مهر وهو شاب وخرج له ابن سعيد مشيخة حدث بها . ولي القضاء بالشام ، كما ولي بها خطابة الجامع الأموي . كان شديد الرأي ، قوي البحث ، يتبادل المخالف في تقرير المذهب ، ويمتنع الموافق في تحريره . من مصنفاته : (الأشباه والنظائر) ، (جمع الجوامع) ، (و الطبقات الكبرى) ، و (الوسطى) ، و (الصغرى) ، (شرح مختصر ابن الحاجب) ، (شرح المنهاج للبيضاوي) .
[انظر : ابن العماد / شذرات الذهب : (٢٢١/٦ - ٢٢٢) ؛ ابن حجر / الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة : (٢٥٨/٢ - ٢٥٩) ؛ الزركلي / الأعلام : (١٨٤/٤ - ١٨٥)] .

(٢) انظر : الأشباه والنظائر : ٩٨/٢ .

(٣) خليل بن سيف الدين كيكليدي بن عبد الله العلاني الدمشقي الشافعي (٦٩٤ هـ - ٧٦١ هـ) : أبو سعيد صلاح الدين ، فقيه ، أصولي ، محدث لم يخلف في الحديث مثله ، حافظا ثبتا تقنا عارفا بأسماء الرجال والعلل والمتون ، أدبيا شاعرا ناظما . جمع الحديث من القاضي تقي الدين سليمان المقدسي وغيره كثير ، وتفقه على الشيخين : كمال الدين الزمكاني ، وبرهان الدين بن الفركاخ . من مصنفاته : (مختصر جامع الأصول لأحاديث الرسول) لابن الأثير الجزري ، (الأشباه والنظائر) في فروع فقه الشافعية ، (تفصيل الإجمال في تعارض الأقوال والأفعال) في الأصول ، (المجموع للمذهب في قواعد المذهب) .

[انظر : ابن السبكي / طبقات الشافعية : ٣٨-٣٥/١٠ ؛ ابن حجر / الدرر الكامنة : ٥١/٢ - ٥٣ ؛ كحالة / معجم المؤلفين : ١٢٦/٤] .

(٤) انظر : تحقيق المراد : ٤٠١ .

(٥) انظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ١٥/٣ .

ويظهر وجه التفرقة بين الفساد والبطلان عند الشافعية في معرض بيانهم لقاعدة : كل عقد يقتضي صحيحه الضمان فكذاك فاسده ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذاك فاسده ^(١) .

فهذه القاعدة التي ذكرها مُسنِّمُها عند الشافعية ، وهي تضبط المواضع التي يستوي فيها العقد الصحيح والفساد في الضمان دون الباطل . فقد بينوا أن القيد بالفساد في القلعة المذكورة يخرج الباطل ، وأن الباطل : ما احتلت بعض أركانه ، وأن الفاسد : ما وجد فيه شرط فاسد .

وأبرز ما يدل على ذلك ما ذكره الإمام الإسنوي ^(٢) من أن الفرق بين الباطل والفساد يُتصوَّر في كل عقد صحيح غير مضمون كالإجارة والهبة ، وغيرهما . ذلك لأن الإجارة والهبة لو صدر من سفيه أو صبي ، وكِلَفَت العين في يد المستأجر والمتهب ، وجب الضمان ، ولو كان العقد فاسدا لم يجب الضمان ؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه ^(٣) .

وأیضا يظهر تباین الفساد والبطلان عند الشافعية من خلال الفروع التي قرروا فيها ثبوت الفرق بينهما ، ومنها :

(١) انظر : الزركشي / المتور في القواعد : ٣ / ٨ - ١١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٣ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٠٧ / ١ ، الرمي / نهاية المحتاج : ٤ / ٢٨٢ .

انظر شرح هذه القاعدة في المبحث الرابع من هذا الفصل ، المطلب الخامس ، ص :

(٢) عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي (٧٠٤-٧٧٢ هـ) : أبو محمد ، جمال الدين . فقيه أصولي شافعي ، مفسر مؤرخ . ولد بإسنا من صعيد مصر . سمع الحديث واشتغل بأنواع العلوم ، وأخذ الفقه عن محمد الزنكلوني ، والقطب السنباطي ، والسبكي ، والجلال القزويني وغيرهم . قدم القاهرة سنة ٧٢١ هـ فانتسبت إليه رئاسة الشافعية ، وانتصب للإقراء والإفادة من سنة ٧٢٧ هـ ، ودرّس التفسير بجامعة طولون ، وولي السبعية ووكالة بيت المال ، ثم اعتزل الحسبة وعُزل من الوكالة وتصدّى للتدريس والتصنيف .

من تصانيفه : (اللهمات) ، و(التفقيح فيما يرد على التصحيح) ، و(الهداية إلى أوهام الكفافية) ، و(الأشباه والنظائر) ، و(طراز المحافل) ، و(مطالع الدقائق) ، و(شرح المنهاج) للنووي لم يكمل ، و(شرح المنهاج) للبيضاوي .

[انظر : ابن العماد / شذرات الذهب : (٦/٢٢٣-٢٢٤) ؛ الحسيني / طبقات الشافعية ، وفيه كنيته بأبي عبد الله : (٢٣٦-٢٣٧) ؛ ابن حجر / الدرر الكامنة : (٢/٢١٥-٢١٦) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٥/٢٠٣)] .

(٣) انظر : الإسنوي / التمهيد : ٦٠ .

١- الخلع : فكل ما أوجب البيئونة وأثبت المسمى ، فهو الخلع الصحيح . وكل ما أسقط الطلاق بالكلية ، أو أسقط البيئونة ، فهو الخلع الباطل ، وكل ما أوجب البيئونة من حيث كونه خلعا ، وأفسد المسمى ، فهو الخلع الفاسد ^(١).

٢- الكتابة : أما الصحيح منها فهي : ما أوقعت العتق ، وأوجب المسمى ، بأن انتظمت بأركانها وشروطها . وأما الباطلة : فهي ما لا توجب عتقا بالكلية ، بأن اختل بعض أركانها ، والفاصلة : فهي ما أوقعت العتق ، وتوجب عوضا في الجملة ، بأن وجدت أركانها من تصح عبارته ، ووقع الخلل في العوض ، أو اقترن بها شرط مفسد . فالباطلة لاغية والفاصلة تشارك الصحيحة في بعض أحكامها ^(٢).

٣ - العارية : وصورتها في إعارة النقد للترتين هل تصح ، أم لا ؟

وجهان : فإن صَحَّتْ فهي مضمونة . وإن فسدت فوجهان :

أحدهما : أنها مضمونة ؛ لأنها إعارة فاسدة ، وحُكِّمَ الفاسد حُكْمَ الصحيح في الضمان وعدمه .

والثاني : لا تضمن ؛ لأنها عارية باطلة ^(٣).

ومن خلال ما تقدم يتبين أن الشافعية خصَّصوا أصلهم العام الذي يقتضي استواء الفاسد والباطل في أبواب فقهية كثيرة ففرَّقوا فيها بينهما ، فالفاسد يفيد بعض آثار الصحيح ، أما الباطل فلا يفيد شيئا من الآثار المقررة للعقد الصحيح . والذي يظهر لي - والله أعلم - أن تخصيص الشافعية لبعض الأبواب والمسائل الفقهية من الأصل العام عندهم لا يعد مناقضا للقاعدة ؛ وإنما استثناء منها .

ثالثاً . الحنابلة :

فرق فقهاء الحنابلة بين البطلان والفساد في مسائل كثيرة ، ويرجع سبب تفرقتهم بينهما إلى ما يلي :

(١) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٦ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٧/٣ ؛ الإسنوي / التمهيد :

٥٩ ؛ الزركشي / البحر اخیط في أصول الفقه : ٣٢١/١ .

(٢) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٦ - ٢٨٧ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٧/٣ ؛ الإسنوي /

التمهيد : ٥٩ ؛ الزركشي / البحر اخیط في أصول الفقه : ٣٢١/١ .

(٣) انظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٧/٣ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٩٨/٢ ؛ الزركشي / البحر

اخیط في أصول الفقه : ٣٢٢/١ .

أولاً - ورود أدلة خاصة تقتضي تخصيص القاعدة العامة التي تقتضي استواء العقد الفاسد والباطل في المذهب .

فالمسائل التي فرق فيها الحنابلة بين الفاسد والباطل هي مسائل الدليل ، ولا يعد ذلك على خلاف الأصل كما ظن بعض المتأخرين ، وإنما وجدت لهذه المسائل أدلة خاصة اقتضت أن تترتب عليها بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح رغم وجود خلل بها يقتضي ألا يترتب عليها شيء من آثار الصحيح ^(١) .

وقد ذكر ابن اللحام ^(٢) خمس عشرة مسألة يراها من مسائل الدليل التي وجدت لها أدلة خاصة اقتضت تخصيصها من القاعدة العامة عند الحنابلة والتي تقتضي استواء بطلانها وفسادها لولا وجود هذه الأدلة الخاصة .

منها : المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة ، لا بطلانها . فيفسد عقد الوكالة ويصير الوكيل متصرفاً بمجرد الإذن ، وهذا الظاهر من كلام كثير من الأصحاب ، وهناك وجه آخر هو أن الوكالة تبطل بذلك كالوديعة .

ومنها : الفاسد من النكاح : ما يُسوّغ فيه الاجتهاد أو ما اختلف فيه صحة وبطلانك والباطل : ما أجمع على بطلانه ، وعدم مشروعيته .

فالباطل المجمع على بطلانه لا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح ، إلا في الطلاق إذا تزوجها في عدة من غيره : هل يقع أم لا ؟ وفيه روايتان . وأما الفاسد المختلف فيه فيثبت له أحكام الصحيح ^(٣) .

(١) انظر : ابن اللحام / القواعد والفوائد الأصولية : ٩٥ .

(٢) علي بن محمد بن عباس بن شيان البعلبي الدمشقي الحنبلي (٥٠٣ - ٨٠٣ هـ) : أبو الحسن ، علاء الدين ، الشهير بابن اللحام ، الإمام العلامة الفقيه الأصولي ، شيخ الحنابلة في وقته ، أخذ الأصول عن الشيخ شهاب الدين الزهري ، ودرس وناظر ، واجتمع عليه الطلبة وانتفعوا به . ناب في الحكم عن قاض القضاة علاء الدين بن المنجا ثم ترك النيابة وتوجه لمصر وعين قاضياً بها فلم يرم ذلك ، واستقر يدرس بالمنصورة إلى أن توفي بها . من تصانيفه : (القواعد الأصولية والأخبار العلمية في اختيارات الشيخ تقي الدين بن تيمية) و (تجريد العناية في تحرير أحكام النهاية) .

[انظر : ابن العماد / شذرات الذهب : ٣١/٧ ؛ التعمي / الدارس في تاريخ المدارس : ١٢٤/٢ ؛ كحالة / معجم المؤلفين : ٢٠٦/٧] .

(٣) انظر : ابن اللحام / القواعد والفوائد الأصولية : ٩٦-٩٧ . وانظر باقي الأمثلة : ٩٥ - ٩٨ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق: ٤٥) : ٦٢ - ٦٣ .

ثانياً — أن المسائل التي حكموا عليها بالفساد هي : المسائل المختلف في فسادها بين علماء الأمة . والتي حكموا عليها بالبطلان هي : المسائل المجمع علي بطلانها ، أو الخلاف فيها شاذ ^(١) .

وبناء على ذلك اصطلاح فقهاء الحنابلة على إطلاق وصف الفساد على العقود المختلفة التي اختلف فيها بين العلماء أو في بعض شروطها وترتب عليها أكثر أحكام الصحيح ، وإطلاق وصف البطلان على العقود التي وقع فيها خلل وقام الإجماع على بطلانها ، أو كان الخلاف فيها شاذاً لا يُعتدُّ به عند العلماء ، فلا تفيد شيئاً من أحكام الصحيح .

ولعل أبرز ما يُبين تفرقة فقهاء الحنابلة بين الفساد والبطلان في بعض الأبواب والمسائل الفقهية ، ما ذكره ابن رجب في القاعدة الخامسة والأربعين من اختلاف فقهاء الحنابلة فيما إذا وقع التعدي في عقود الأمانات ^(٢) ، هل تنفسخ بذلك أي تبطل بحيث لا تظل منعقدة ، أم أنها تظل — بعد التعدي فيها — منعقدة مفيدة بعض آثار الصحيح ؟ يقول رحمه الله مؤصلاً قاعدة المذهب في هذا الاختلاف : " للمذهب : أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي ، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح " ^(٣) .

ثم ذكر — رحمه الله — مسائل مخرجة على هذا الأصل ، منها : الوديعة ، المشهور أنه لا تبطل بالتعدي ؛ لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد مُتحدّد ، فوجب الرد على الفور .

ومنها : الشركة والمضاربة ، المعروف من المذهب أنهما تفسدان بالتعدي ويصير ضامناً ، ويصح تصرفه لبقاء الإذن . وقيل تبطلان بالتعدي ، فيبطل تصرفه ؛ لزوال الائتمنان والإذن كان منوطاً به .

ويمكن من خلال ما ذكره ابن رجب — رحمه الله — في قاعدة (العقود الفاسدة هل هي منعقدة أم لا ؟) ^(٤) استنباط ضابط العقود التي تجري فيها التفرقة بين الفساد والبطلان والتي لا يجري فيها ذلك عند الحنابلة .

فعقود الأمانات والعقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة ، والعقود اللازمة التي لا يتمكن العبد من الخروج منها بقوله كالإحرام ، والعقود اللازمة التي يتمكن العبد من

(١) انظر : ابن النجار / شرح الكوكب المير : ٤٧٤ / ١ .

(٢) وتسمى العقود الجائزة أيضاً ،

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي (٤٥ : ٢) : ٦٢ .

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي : (٤٦ : ٢) : ٦٣ .

الخروج منها بقوله ولكن يترتب عليها حكم مبني على التغليب والسرية والنفوذ كالنكاح والكتابة^(١) ، يجري فيها التفرقة بين الفساد والبطلان ، فتقسم إلى صحيحة وباطلة وفاسدة ، وفاسدها منعقد يترتب عليه بعض أحكام الصحيح .

وأما ما عدا ذلك فلا تكون إلا صحيحة أو باطلة ، وفاسدها وباطلها سواء على أصل المذهب ، كالبيع والإجارة ، فالمعروف من المذهب أن فاسدها وباطلها غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب^(٢) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن وجه التفرقة بين الفاسد والباطل عند الحنابلة يتأكد من خلال ما ذكره ابن رجب في قاعدة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، فهذه القاعدة تضبط المراضع التي يستوي فيها العقد الصحيح والفساد في الضمان دون الباطل^(٣) .

قال ابن اللحام : " إذا قبض العين في العقد الباطل ، فإنها تكون مضمونة عليه على كل حال ، سواء كانت صحيحة العين مضمونة فيه ، أو غير مضمونة ، وإن قبضها في الفاسد — وكانت صحيحة العين فيه غير مضمونة — ففاسد كذلك " ^(٤) .

ومن خلال ما تقدم يتبين أن الحنابلة لم يناقضوا أصلهم القاضي بترادف البطلان والفساد ، بل خصصوه بمقتضى اعتبارات شرعية خاصة .
وإذن فإن القاعدة العامة صحيحة وغير منتقضة ويجب العمل بها ، باستثناء مواطن التخصيص .



(١) " يترتب عليهما الطلاق والعق ؛ فلقروهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد " . [ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : (ق : ٤٦) : ٦٣] .

(٢) انظر : ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : (ق : ٤٦) : ٦٣ .

(٣) انظر : القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٧) : ٦٤ . وهذه القاعدة هي التي فرق بها الشافعية بين الفساد والبطلان في العقود التي يستوي صحيحها وفاسدها في الضمان وعدمه دون باطلها ، فإن أحكامها كأحكام الغصب .

انظر شرح هذه القاعدة في المبحث الرابع من هذا الفصل ، المطلب الخامس ، ص : ٢٠٥ - ٢٠٨ .

(٤) القواعد والفوائد الأصولية : ٩٦ .

المبحث الثالث - أحكام وآثار العقد الباطل ، والعقد الفاسد :

بعد بيان المراد بالعقد غير الصحيح بتعريفه وذكر اختلاف الفقهاء في التفريق بين العقد الباطل والفاسد ومنشأ الخلاف بينهم ، فإنه من الضروري عقد مبحث خاص بتوضيح أحكام الفساد والبطال وآثارهما العامة التي هي بمثابة قواعد وضوابط تنظم الآثار الناشئة عنهما ، والمرتبة عليهما .

وينتظم بيان ذلك في ستة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول - حكم العقد الباطل :

العقد الباطل تعاطيه حرام ، وهو غير منعقد ، وليس له وجود شرعي وإن وجدت صورته في الخارج ، فلا يترتب عليه موضوعه الذي شرع من أجله ، ولا ينتج عنه أثر من الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح ؛ لاقتضاء القاعدة العامة عدم ثبوت الفرع والأصل باطل ، وعدم حصول المسبب والسبب غير حاصل ^(١) .

ذلك أن الأسباب عموماً إذا لم تفعل على ما ينبغي ، فلم تستكمل شرائطها ولم تنتف موانعها ، فلا تقع مسبباتها شاء المكلف أم أبي ؛ لأن المسببات ليس وقوعها أو عدم وقوعها باختياره . وأيضاً فإن الشارع لم يجعلها أسباباً مقتضية إلا مع وجود شرائطها وانتفاء موانعها . فإذا لم تتوفر لم يستكمل السبب أن يكون سبباً شرعياً ^(٢) .

يقول الكاساني ^(٣) مبيناً حكم البيع الباطل : "ولا حكم لهذا البيع أصلاً ؛ لأن الحكم

(١) انظر : الوثائقي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ق : ٥٨) : ٢٦٦ .

(٢) الشاطبي / الموافقات (بتصرف) : ١٦٠/١ . وانظر : البخاري / كشف الأسرار : ٥٣٠/١ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٥٦/٦ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٥٤/٣ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٥ ، ٢٨٧ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٥٢/١ ، ١٣/٣ ، ١٤ ، ١٦ ؛ السبكي وابن السبكي / الإمجا في شرح المنهاج : ٦٨/١ - ٦٩ ؛ الزركشي / البحر المحيط : ٣٢٣/١ ، ٣٢٤ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٦) : ٦٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣١٠/٤ .

(٣) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (- ٥٨٧ هـ) : علاء الدين ملك العلماء ، من فقهاء الحنفية الأعلام ، منسوب إلى كاسان (أو كاشان) بلدة بتركستان ، خلف نهر سيحون . أخذ العلم عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور "تحفة الفقهاء" . وتفق على محمد بن أحمد السمرقندي ، وقرأ عليه معظم تصانيفه . وتفق عليه ابنه محمود وأحمد بن محمود الغزنوي صاحب المقدمة الغزنوية . وتوفي بجلب .

من تصانيفه : كتاب (بدائع الصنائع) وهو شرح تحفة الفقهاء ، و(السلطان المبين في أصول الدين) [انظر : اللكنوي / الفوائد البهية : (٥٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (٧٠/٢) وفي الكاشاني] .

للموجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة" (١).

وبناء على ذلك فإن الحكم ببطلان العقد أو فساده عند جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة يزيل عنه الشرعية ويجعله كأن لم يكن ؛ لأن وجوده للمادي المجرد عن وجوده الشرعي لا اعتبار له في الشرع (٢)، فلا يتحقق آثاره المقررة له شرعاً باستثناء مواطن التخصيص عندهم .

وكذلك فإن الحكم ببطلان العقد عند الحنفية وبالفساد في مواطن ترادفه ، يعني انتفاء الشرعية عنه كلياً ، أما الفساد المبين للبطلان فإن له وجوداً شرعياً غير كامل .

المطلب الثاني — سبب البطلان :

يرى الحنفية أن سبب بطلان العقد هو الخلل الواقع في ركن العقد ومقوماته ، أو أحد شرائط انعقاده ، ويمكن القول إن الخلل الواقع في العقد نتيجة مخالفته لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية هو سبب بطلان العقد (٣).

ولذلك عرف فقهاء الحنفية العقد الباطل بأنه ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، ومرادهم من عدم مشروعية الأصل وقوع الخلل في ناحية جوهرية فيه (٤).

ويمكن إرجاع العناصر الجوهرية في العقد إلى جهات ثلاثة :

الأولى — صيغة العقد .

الثانية — العاقدان .

الثالثة — محل العقد .

ثم إن لكل عنصر منها شروطاً لابد من تحققها فيه حتى ينعقد العقد صحيحاً ، وتسمى تلك الشروط في العقد بشرائط الانعقاد ، ويترتب على فقدان أحدها بطلان العقد ، لأن كلا منها يعبر عن ناحية من النواحي الجوهرية التي إذا فقدت لم ينعقد العقد (٥) .

(١) بدائع الصنائع : ٣٠٥/٥ . وانظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٧٠) : ٣٣٤/١ .

(٢) وفقاً للقاعدة الفقهاء : المعلوم شرعاً كاللمعلوم حقيقة . والتي تعد تعبيراً دقيقاً عن حقيقة العقد الباطل .

[المقرئ / القواعد (ق : ١٠٩) : ٣٣٣/١ ؛ الوترشيحي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ق : ٢) : ١٣٨] .

(٣) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٦٤٩/٢ — ٦٥٠ ؛ السنهوري / مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ١٢٥/٤ .

(٤) انظر من هذا الفصل : ١٧٣ .

(٥) انظر : الفصل الثالث من الباب الأول : ٦٣ — ٨٣ .

فعدم أهلية العاقد ، يوجب بطلان العقد ، فلا ينقصد عقد الجنون والصبي الذي لا يعقل ؛ لوقوع الخلل في أحد النواحي الجوهرية فيه ، ذلك أن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف ، والأهلية لا تثبت بدون العقل . وكذلك بيع الجنين في بطن أمه ، وبيع ما في أصلاب الفحول من الماء وهو المسمى ببيع المضامين ، فإن هذا البيع غير مشروع باعتبار أصله لفقدان ركن من أركانه هو المعقود عليه ، ولكونه غير مقدور على تسليم المبيع فيه ^(١) .

أما سبب بطلان العقد عند جمهور الفقهاء فهو الخلل الواقع في العقد نتيجة مخالفته لنظامه الشرعي سواء أوقع الخلل في أصل العقد وهو أركانه وشروطها ، أم وقع في ناحية فرعية متممة ؛ وذلك لأن الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم كما سبق تقريره .

المطلب الثالث - الآثار المترتبة على العقد الباطل ، ومستثنياتها :

إن للعقد الباطل نتيجة أساسية سلبية تنفرع منها عدة آثار هي بمثابة خصائص للعقد الباطل ، ثم إنه ينتج في بعض الأحوال عن العقد الباطل بعض الآثار الفرعية استثناءً من القاعدة العامة في بطلان العقود والتي تفيد : أن العقد الباطل لا يترتب عليه موضوعه الذي شرع من أجله ، ولا ينتج عنه أثر من الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح وفيما يلي أتناول النقاط السابقة بالتوضيح حسب الترتيب التالي :

١. الآثار المترتبة على بطلان العقود :

تقدم في المطلب الأول من هذا المبحث أن حكم العقد الباطل هو : عدم ترتب الأحكام والنتائج التي وضعها الشارع للعقد الصحيح الذي توفرت أركانه ومقوماته وشروطه ، فلا يملك بالعقد الباطل ما يملك بغيره ، وإذا حدث فيه تسليم يجب الرد ، ففسى

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٣٥/٥ ، ١٣٨ ؛ البحاري / التوضيح على التنقيح : ١ / ٢٢٠ . وانظر

من هذا البحث : ٧٣ - ٧٦ ، ٧٨ - ٧٩ ، ٨٢ .

عقد البيع لا تنتقل ملكية المبيع للمشتري وإن قبضه ، ولا يملك البائع الثمن ، ولذا يجب الرد ^(١) .

ولا يملك المصالح ما صالح به في الصلح الباطل ^(٢) . ولا يملك للموهوب له الهبة في الهبة الباطلة ^(٣) . ولا يملك المرتهن حبس المرهون في الرهن الباطل ^(٤) . ولا تحمل المرأة للرجل في عقد النكاح الباطل ^(٥) . وفي الإجارة الباطلة لا يملك المستأجر منفعة العين المستأجرة ولا تملك الأجرة ويجب ردها ؛ لأن أخذها حرام وهي من أكل أموال الناس بالباطل ^(٦) .

ويعد هذا الحكم النتيجة الأساسية لبطلان العقود ، وهي نتيجة سلبية ، فالعقد الباطل يفقد به العقد سببته لحكمه ، فلا يترتب على العقد الأثر المقرر للعقد شرعاً حال صحته وهذا الحكم في كل العقود الباطلة على وجه الإجمال مع تفصيلات تنظر في مواضعها ^(٧) . ويتفرع عن هذه النتيجة السلبية لبطلان العقود آثار عامة هي بمثابة خصائص للعقد الباطل ، وهي ما يأتي :

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٥/٥ ؛ ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام شرح (م : ٣٧٠) : ٣٣٤/١ ؛ الحصري / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥٩/٥ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٤٥/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٧١/٣ ؛ الزركشي / المتور في القواعد : ٤١٠/٢ ، ١٣/٣ — ١٤ ؛ النوري / المجموع : ٣٦٩/٩ ؛ قليوبي / حاشية قليوبي : ١٨١/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٩٠/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢٤٥/٣ .

(٢) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ١٠٣/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٢٦٤/٢ .

(٣) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٩٨/٤ ؛ الشيرازي / المذهب : ٤٤٧/١ — ٤٤٨ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٥١٩/٢ .

(٤) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ٨٠/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ٤٨١/٤ .

(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٣٥/٢ ؛ عليش / شرح منح الجليل : ٨/٢ — ٩ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ٣٤٥/٧ ، ٤٨٤ .

(٦) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٥٩/٢ .

(٧) انظر من هذا البحث المطلب الأول — حكم العقد الباطل : ١٨٧ . وانظر : النوري / المجموع : ٣٦٩/٩ — ٣٧٣ ، ٣٧٧ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٦٣/٤ — ٦٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ٣١٠/٤ — ٣١١ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٦٥٥/٢ — ٦٥٦ .

أولاً. إذا بطل الأصل بطل ما في ضمنه ^(١) :

هذا الأصل متفق عليه بين الفقهاء ، قال ابن نجيم ^(٢) : "إذا بطل المتضمن (بالكسر) بطل للمتضمن (بالفتح) " ^(٣) .

ومعنى هذه القاعدة : أن ما ثبت ضمنا ، إذا بطل أصله لا يبقى له حكم . ومن صورها : إذا تضمن عقد الصلح إبراء ، فظهر أن ذلك الصلح باطل ، فكما أنه يكون باطلا ، يكون الإبراء الذي في ضمنه باطل .

ومنها : التعاطي ضمن عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع .

ومنها : لو أجر الموقوف عليه ولم يكن ناظرا ، لم تصح ، وإن أذن للمستأجر في العمارة فأنتق ، لم يرجع على أحد وكان متطوعا ؛ لأن الإجارة لما لم تصح ، لم يصح ما في ضمنها .

ومنها : لو جدد النكاح لمنكوحته بمهر ، لم يلزمه ؛ لأن النكاح الثاني لم يصح فلم يلزم ما في ضمنه من المهر ^(٤) .

واستثنى الشافعية والحنابلة من ذلك العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة فإن فساده لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن ، ولكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة إلا مقيدة بالفساد ^(٥) .

ويبين ابن رجب — رحمه الله — الفرق بين الإذن في البيع وبين الإذن في العقود الجائزة ، فذكر أن البيع وضع لنقل الملك لا للإذن ، وصحة التصرف فيه تستفاد من الملك لا

(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٩١ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٥٢) : ٤٩/١ .

(٢) زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر الحنفي الشهير بابن نجيم (٩٢٦ — ٩٧٠ هـ)

: من أهل مصر ، فقيه أصولي حنفي . كان عالماً محققاً ومكثراً من التصنيف .

من مصنفاته : (البحر الرائق في شرح كثر الدقائق) ، (الفوائد الزينية في فقه الحنفية) ، (الأشباه والنظائر) ، (مختصر التحرير) ، (شرح المنار في الأصول) .

[انظر : اللكنري / التعليقات السنوية على الفوائد البهية : (١٣٤-١٣٥) ؛ الزركلي / الأعلام : (٦٤/٣)

؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١٩٢/٤)]

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٩١ .

(٤) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٩١ ؛ درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (شرح م : ٥٢) : ٤٩/١ .

" ويتقرب من هذه القاعدة قولهم : المبني على الفاسد فاسد " . [ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٩٢] .

(٥) انظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٠٩/٢ ، ١٥/٣ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٦) : ٦٣ .

من الإذن ، بخلاف الوكالة فإنها موضوعة للإذن . وأيضاً إن الإذن في البيع مشروط بسلامة عيوضه ، فإذا لم يسلم العوض ، انتفى الإذن والوكالة إذن مطلق من غير شرط ^(١) .

ثانياً . إذا بطل العقد بطل ما بُني عليه :

هذه القاعدة مبنية على ما قبلها ، لأن ما بُني على الباطل فهو باطل ، فالقبض الذي يتم بين المتعاقدين بعد العقد الباطل باطل ؛ لأنه مبني على العقد فإذا بطل العقد بطل ما بُني عليه ^(٢) .

ثالثاً . العقد الباطل لا تلحقه الإجازة :

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ؛ لأن الإجازة لا تلحق إلا العقد الصحيح الموقوف عند القائلين به ^(٣) ، والعقد الباطل غير منعقد أصلاً ، ومعدوم شرعاً ليس له وجود فلا تلحقه الإجازة ^(٤) .

وصرح الشافعية بأنه لو حذف المتعاقدان المفسد للعقد ، ولو في مجلس الخيار ، لم ينقلب العقد صحيحاً ، إذ لا عبرة بالفساد ^(٥) . وهذا يعني أن الفاسد عندهم لا تلحقه الإجازة كالباطل عند الحنفية .

رابعاً . العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ، ولا يُحتجُّ به أمام القضاء :

العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ، وهو منقوض من أساسه ، ولا يُحتجُّ به أمام القضاء ولا يحتاج لحكم حاكم لنقضه ؛ لأن فسخ العقد يقع على العقد المنعقد الموجود ، والباطل غير منعقد وغير موجود ^(٦) . وبناء على ذلك يتصرف القاعدان ، فإذا كان العقد الباطل بيعاً فلبائع بيع العين المبيعة ثانية أو استهلاكها ؛ لأنها لا تزال على ملكه .

(١) القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٦) (بتصرف) : ٦٤ .

(٢) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٩٢ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (شرح ٢ : ٥٢) : ٤٩ / ١ .

(٣) انظر من هذا البحث ، ص : ١٦٩ .

(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٧٧/٤ ، ٢٧١/٥ ؛ قليوبي / حاشية قليوبي على شرح اغلبي على المنهاج : ١٦٠/٢ .

(٥) انظر : الجمل / حاشية الجمل على شرح المنهاج : ٨٥/٣ ؛ قليوبي / حاشية قليوبي على شرح اغلبي على المنهاج : ١٨١/٢ .

(٦) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٧١/٣ . وانظر من هذا البحث — المطلب الأول : حكم العقد الباطل ، ص : ١٨٧ .

إلا أنه قد يحتاج إلى إقامة دعوى لتقرير البطلان في بعض الأحوال ، كما لو كان العقد الباطل قد تمّ تنفيذه وتمسك به ذو مصلحة لديه ، كعقد البيع مثلاً إذا أعقبه تسليم المبيع وأراد البائع استرداده ولم يستطع بالتراضي .

وأيضاً لو كان سبب البطلان فيه خفاء واشتباه ، فيلجأ الطرف المتمسك بالبطلان لإقامة دعوى لأجل الإبطال .

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء بالبطلان عند التنازع فيه إما يقرر البطلان ولا ينشئه . فالقاضي في مثل هذه الأحوال إنما يقضي بأن العقد صدر باطلاً من أصله ، ولا يبطله كما يبطل العقد المستحق للفسخ بحيث لو لم يفسخه كان نافذاً ؛ لأن العقد الباطل غير منعقد وغير موجود ، فهو يقرر البطلان ولا ينشئه ^(١) .

خامساً . البطلان لا يسري عليه حكم التقادم ^(٢) :

الأصل أن التصرفات الباطلة لا تنقلب صحيحة بتقادم الزمان . ولو حكم حاكم بنقل التصرفات الباطلة ، فإن ثبوت الحق وعودته يعتبر قائماً في نفس الأمر ، ولا يحل لأحد أن ينتفع بحق غيره نتيجة تصرف باطل ما دام يعلم بذلك . فإن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يُحرّم حلالاً .

كما أن عدم سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة يختلف الفقهاء في تحديدها حسب الأحوال ، لا أثر له في صحة التصرف إن كان باطلاً .

يقول ابن نجيم : " الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، قذفاً أو قصاصاً أو لعاناً أو حقاً للعبد " ^(٣) .

ويقول : إذا قضى القاضي في مسائل مجتهداً فيها نفذ قضاؤه ، إلا في مسائل منها : لو قضى ببطلان الحق بمضي المدة ، أو بصحة نكاح المتعة ، أو بسقوط المهر بالتقادم ، أو بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد ثانٍ ، أو ببيع درهم بدرهمين يدا بيد ^(٤) .

(١) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام ٦٦٧/٢ - ٦٧٠ .

(٢) التقادم لغة : مصدر تقادم ، يقال تقادم الشيء أي صار قديماً . ولا يخرج للمعنى الاصطلاحي في الجملة عن المعنى اللغوي . [انظر (م : قدم) : الرازي / مختار الصحاح : ٢١٩ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ١٨٨ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام شرح (م : ١٦٦٠) : ٢٦١/١٤] .

(٣) الأشباه والنظائر : ٢٢٢ .

(٤) انظر : المرجع السابق (بتصرف) : ٢٣٢ .

٢. الآثار المترتبة على العقد الباطل استثناء من النتيجة الأساسية لبطلان العقود :

قد يترتب على العقد الباطل بعض الآثار التي تترتب على العقد الصحيح ، وهذه الآثار تعد استثناء من النتيجة الأساسية — السابقة — للعقد الباطل ^(١)، كما أن هذه الآثار لا تنتج عن ذات العقد ، وإنما عن وصف آخر اقترن بالعقد ، أو صاحبه ، أو حصل بعده ، فينتج عن ذلك بعض الآثار الفرعية التي تترتب على العقد حالة انعقاده ^(٢).

يقول الشاطبي في المسألة الحادية عشرة من مسائل السبب : الأسباب الممنوعة أسباب للمفاسد لا للمصالح ، ومثل لذلك فقال : فالأنكحة الفاسدة ممنوعة ، وإن أدت إلى إلحاق الولد ، وثبوت الميراث ، وغير ذلك من الأحكام . وهي مصالح . والغصب ممنوع للمفسدة الألاحقة للمغصوب منه وإن أدى إلى مصلحة الملك عند تغير المغصوب في يد الغاصب ، أو غيره من وجوه القوت .

فالذي يجب أن يعلم أن المصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست ناشئة عنها في الحقيقة . وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها حدثت لاحقة لها وجاءت تبعاً ^(٣).

وعلى هذا فلا يقال أن ترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل على خلاف القاعدة ؛ لأن ذلك ليس ناتجاً عن العقد الباطل وإنما لاعتبارات شرعية أخرى . وللشافعية قاعدة في كون بعض العقود الفاسدة أو الباطلة تترتب عليها بعض من أحكام الصحيح وهي : إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص قد لا يعمل العموم ^(٤) .

إلا أنه يمكن القول أن القاعدة العامة في ذلك عند الفقهاء هي : أن ترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل ليس ناشئاً عن العقد الباطل وإنما لأمور أخرى خارجة عن نفس العقد الأول ^(٥) .

والأمثلة التالية توضح القول وتبينه .

(١) والتي تعد قاعدة عامة للعقد الباطل .

(٢) انظر : الشاطبي / الموافقات : ١٦٠/١ و ١٦١ و ١٧٤ و ١٧٥ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ١٥/٣ .

(٣) الموافقات (بتصرف) : ١٧٤/١ — ١٧٥ .

(٤) انظر : الزركشي / البحر المحیط : ٣٢٤/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ١٨٢ .

(٥) انظر : الشاطبي / الموافقات : ١٦١/١ .

أ. عقد النكاح الباطل :-

الأصل أن عقد النكاح الباطل ^(١) ليس له وجود شرعي ، وإن وجدت صورته في الخارج . فلا يترتب عليه الأثر المقرر للعقد الصحيح من حل الاستمتاع ، وجوب المسهر ، والنفقة وغيرها من آثار عقد النكاح الصحيح ، ولكن إذا اقترن بالدخول مع وجود شبهة معتبرة في الشرع ^(٢) ، فإنه تترتب عليه بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح ، فيدرأ به الحسد ويحوى وصف الزنا ، ويجب به المهر للمرأة ، والعدة عليها ، ويثبت به النسب ، وثبوت هذه الآثار إنما نتج عن الدخول الذي اقترن بالعقد الباطل ، وليس عن ذات العقد . هذا على وجه الإجمال وللفقهاء تفصيلات تنظر في مواطنها ^(٣) .

وتعد هذه الآثار استثناء من القاعدة العامة في بطلان العقود ، وذلك لاعتبارات شرعية خاصة تتعلق بالنسب والعرض والحد وغيرها .

قال الكاساني "وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول . وأما بعد الدخول ، فيتعلق به أحكام . منها ثبوت النسب ، ومنها وجوب العدة ، وهو حكم الدخول حقيقة .

(١) والفاسد مرادف له عند جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، فحيث ورد التعبير بهما في باب النكاح فعلى سبيل الترادف لا التغاير .

فقد قرر جمهور الحنفية أن النكاح الباطل والفاسد سواء على خلاف الأصل العام عندهم .

[انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ ؛ الحموي / غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٤٣٩/٣ ؛ ابن الممام / فتح القدير على الهداية : ٢٤٣/٣ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٥٤/٣ ؛ الزركشي / المتعور في القواعد : ٧/٣] .

أما الحنابلة فقد فروقوا في باب النكاح بين الفساد والبطلان على خلاف الأصل العام عندهم ، وذلك بناء على الإجماع والاختلاف . وإذا فقد النكاح عند الحنابلة إما صحيح تترتب عليه آثاره ، وهو : ما استجمع أركانه وشرايطه ، وانتفت موانعه ، وكان متفقاً على مشروعيته . وإما باطل ليس له وجود شرعي ، ولا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح ، وهو : ما أجمع على بطلانه ، وعدم مشروعيته ، كنكاح الخامسة ، ونكاح إحدى الحارم . وإما فاسد يترتب عليه أكثر أحكام الصحيح ؛ لانتقاده ، وهو : ما اختلف فيه صحة وبطلاناً ، كالنكاح بلا ولي ، أو بلا شهود . [انظر : ابن اللحام / القواعد والفوائد الأصولية : ٩٦ - ٩٧] .

(٢) كالأكنحة المختلف فيها ؛ لأن الأكنحة المختلف فيها كان الدخول بسببها مع شبهة لها دليل وهو دليل المخالف وإن كان ضعيفاً ، وهو يقتضي الحل . [انظر : أبو زهرة / الأحوال الشخصية : ١٧١ - ١٧٢ ، ١٧٥] .

(٣) انظر : التفنازاني / التلويح على التوضيح : ٢٢١/١ ؛ البخاري / التوضيح على التقيح : ١/ ٢٢٠ - ٢٢١ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢٤٠/٢ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣٦٧ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٦) : ٦٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٧ / ٣٤٢ - ٣٤٥ ؛ أبو زهرة / الأحوال الشخصية : ١٧١ - ١٧٦ .

ومنها وجوب المهر . والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ؛ لانعدام محله ، أعنى محل الحكم وهو الملك ؛ لأن الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك ؛ لأن الحرية خلوص والملك يناهى الخلوص ، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق والحرية تنافي الرق . إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة النكاح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب ، ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة ، فوجب المهر . فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول ، فلا يجعل منعقداً قبله " (١) .

ب . ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل ::

اختلف الفقهاء في حكم المبيع المقبوض في البيع الباطل على قولين :
القول الأول — اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية في القول الراجح (٢) ، والمالكية (٣) ، والشافعية (٤) ، والحنابلة (٥) ، والظاهرية (٦) على أن المشتري إذا قبض المبيع في العقد الباطل فإنه يكون في ضمانه ، فإذا تلف المبيع كله أو هلك في يد المشتري فإنه يضمنه بالمثل إن كان مثلياً ، وبالقيمة إن كان قيمياً ، وكذلك يضمن زياداته ؛ لحصولها بيده بغير إذن الشرع .

(١) بدائع الصنائع : ٣٣٥/٢ . وانظر : الحموي / غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٤٣٩/٣ .

(٢) هذا القول لبعض مشايخ الحنفية منهم : شمس الأئمة السرخسي وغيره ، وهو قول الإمام أبو حنيفة ويوسف ومحمد ، وقيل قول أبو يوسف ومحمد ، وعليه الفتوى . [انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥٩/٥ ؛ المرغباني / الهداية : ٤٠٤/٦ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٤٠٤/٦ ؛ البابرتي / العناية على الهداية : ٤٠٤/٦] .

(٣) انظر : الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٧٠/٣ — ٧١ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه : ٣٥/٢ .

(٤) انظر : النوري / المجموع : ٣٦٩/٩ — ٣٧٠ .

(٥) انظر : البهوتي / كشاف القناع : ٢٤٥/٣ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٩٠/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣١١/٤ .

(٦) انظر : ابن حزم / المحلى : ٣٣٢/٧ .

وهذا الحكم يُحرَّج على قاعدة : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، والمراد استواء الصحيح والفساد في أصل الضمان ، فعقد البيع الصحيح مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة أو المثل ^(١) .

وجه هذا القول : أن المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة بدفع الثمن ، فيكون مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء ^(٢) ؛ فالمبيع في العقد الباطل ليس بأذن حالا من المقبوض على سوم الشراء ، بل أولى منه في الضمان ^(٣) .
واستثنى للمالكية من ذلك ، إذا كان المبيع مما لا يجوز تملكه شرعا كالميتة ، فضمانه على بائعه وإن قبضه المشتري ^(٤) .

القول الثاني : ذهب بعض فقهاء الحنفية ^(٥) إلى أن المبيع المقبوض في البيع الباطل يكون أمانة في يد المشتري ، فإذا هلك في يده من غير تعدٍّ أو تقصير منه ، فلا يضمنه ^(٦) . وهذا القول أخذت المجلة حيث جاء في (م ٣٧٠ :) " وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدٍّ لا يضمنه " ^(٧) .
وجه هذا القول : أن البيع لما كان باطلا بقي مجرد القبض بإذن المالك ، وهو لا يوجب الضمان على القابض بغير تعدٍّ ، كالدوية ^(٨) .

(١) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٣ — ٢٨٤ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٧) : ٦٤ .

(٢) صورته : أن يسمى البائع الثمن ، ويقول للمشتري اذهب بهذا فإن رضيت اشتريه أو يقول المشتري اذهب بهذا فإن رضيت اشتريته بما ذكر . [ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٩/٥ ؛ البابرتي / العناية على الهداية : ٤٠٤/٦]

(٣) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٤٠٤/٦ .

(٤) انظر : الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٧١/٣ .

(٥) منهم أبو نصر بن حمد الطواويس ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . [انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٤٠٤/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٩/٥] .

(٦) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٤٠٤/٦ ؛ [ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٩/٥ ، حيدر / درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٣٣٤/١] .

(٧) ٣٣٤/١ .

(٨) انظر : ابن الهمام / فتح القدير ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٩/٥ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٥/٥ .

الترجيح :

من خلال العرض السابق لهذه المسألة يظهر لي أن القول الراجح هو قول جمهور الفقهاء الذي يرى أن المبيع في عقد البيع الباطل يكون مضموناً في يد المشتري ؛ لأنه قبضه على سبيل المعاوضة بقصد تحقيق مصلحته ، وتحقيقاً للقاعدة الفقهية : أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده .

وهذا يتبين أن العقد الباطل وإن كان لا ينتج أثراً كصرف شرعي فلا ينقل الملك ، إلا أنه كواقعة مادية إذا اقترن بالتسليم ينتج أثراً ؛ لأن التسليم تم لتحقيق مصلحة المشتري فيكون للمبيع مضموناً في يده إذا هلك . — والله أعلم —

ج- انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح لتوفر أسباب الصحة فيه :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه متى أمكن تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ، لتوفر أسباب الصحة فيه ، صَحَّ ذلك ، سواء أكانت الصحة عن طريق المعنى عند بعض الفقهاء ، أم عن طريق اللفظ عند البعض الآخر ، نظراً لاختلافهم في قاعدة هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ؟ ^(١) .

مذهب الحنفية والإمام ابن القيم ^(٢) أن الاعتبار في العقود للمعنى لا للألفاظ ، ومعنى ذلك أنه عند انعقاد العقد لا ينظر إلى ما يتلفظ به العاقدان ، وإنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يتلفظ به حين العقد .

والظاهر من خلال تتبع الفروع الفقهية لهذه القاعدة عند الحنفية أن اعتبار المعاني في العقود مصرح به في أكثر من عقد ، وهذا ما أشار إليه ابن نجيم ^(٣) .

ومن صور هذه القاعدة عند الحنفية :

١- إذا انعقد عقد الكفالة بشرط إبراء المدين والتزام الكفيل بدفع الدين صار حوالة ،

(١) تنبيه : سأذكر أصل هذه القاعدة عند كل مذهب وبعض صورها ، ومن أراد الاستزادة لصور هذه القاعدة ومستنيانها فلينظرها في مظانها .

(٢) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٢٠٧ ؛ الخمرى / غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٢٦٦/٢ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م) : ٣ : ١٨/١ ؛ حيدر / درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ١٨/١ — ١٩ ؛ ابن القيم / إعلام الموقعين : ٧٩/٣ ، ٩٨ — ٩٩ .

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٢٠٧ .

وتثبت فيه أحكام الحوالة ، وبشروط عدم براءته يكون كفالة ، وتثبت فيه أحكام الكفالة ؛ اعتبارا للمعنى ^(١).

٢- ينعقد البيع بلفظ الهبة مع ذكر الثمن ؛ لأن الهبة بشروط العوض هبة لفظا بيع معنى، فلو قال شخص : بعتك هذه الدار بمائة ألف ريال ، كان بيعا إجماعا ^(٢).

٣- لو وهب الدائن الدين للمدين كان إبراء ؛ لأن الاعتبار للمعنى لا للفظ ^(٣). ومذهب المالكية ^(٤) أن الأصل في العقود كلها النية والقصد مع اللفظ للمشرع بذلك أو ما يقوم مقامه .

وقد توسع فقهاء المالكية في تطبيق هذه القاعدة في بعض العقود ومنها عقد البيع وما في معناه ، فينعقد البيع بالمعاطاة — وغيره من المعاوضات — ، واستثنوا من ذلك عقد النكاح فقد شددوا فيه واشتروا لانعقاده الصيغة الدالة عليه ^(٥) .

أما الشافعية والحنابلة فقد اختلفوا هل المعتبر في العقود الصيغة أو المعنى ؟ ^(٦) . ونظرا لعدم وجود أصل متفق عليه في هذه القاعدة عند فقهاء الشافعية والحنابلة فإن الترجيح مختلف في الفروع الفقهية ، فمنهم من رجح المعاني على الألفاظ ، ومنهم من رجح الألفاظ على المعاني .

يقول ابن رجب : " إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ؟ فيه خلاف ، يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل " ^(٧) .

(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٢٠٧ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٣٩/٦ ؛ ابن عابدين / منحة الخليل

على البحر الرائق : ٢٣٩/٦ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ١٢/٦ .

(٢) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٢٠٧ ؛ الحموي / غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر :

٢٦٨/٢ .

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٢٠٧ ؛ الحموي / غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر :

٢٦٦/٢ .

(٤) انظر : للمكي / تذيب الفروق والقواعد السنية (ف : ٢) : ٣٩/١ .

(٥) انظر : القراني / الفروق (ف : ١٥٧) : ١٤٣/٣ ؛ للمكي / تذيب الفروق والقواعد السنية (ف : ١٧٥)

: ١٨١/٣ . وانظر من هذا البحث ، ص : ٦٢ .

(٦) انظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٧٣/٢ .

(٧) القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٣٨) : ٤٨ .

وقد ذكر الإمام السيوطي^(١) رحمه لهذه القاعدة صوراً كثيرة ، منها :

١- إذا قال البائع : بعتك إن شئت ، إن نظرنا إلى المعنى صح ؛ لأنه لو لم يشأ المشتري لم ينعقد ، وهو الأصح .

وإن نظرنا إلى لفظ التعليق بطل العقد ، لأن عقد البيع لا يقبل التعليق .

٢- الخلاف في الإجارة بلفظ البيع ، فلو قال : بعتك منفعة هذا السدار شهراً ، إن نظرنا إلى اللفظ لم ننعقد ، وهو الأصح . وقيل ننعقد نظراً إلى المعنى .

٣- الخلاف في الرجعة بلفظ النكاح ، والأصح صحتها به^(٢) .

وضابط هذه القاعدة عند الشافعية هو :

١- إن تهاافت اللفظ حكم بالفساد على المشهور ، كبعتك بلا ثمن .

٢- إن لم تهاافت اللفظ فيما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو أن يكون المعنى هو الأشهر ، فإن كانت الصيغة أشهر ، فالأرجح اعتبارها ، وإن كان المعنى هو الأشهر فالأصح اعتباره ، وإن استوى الأمران فوجهان ، والأصح اعتبار الصيغة لأنها الأصل والمعنى تابع لها^(٣) .

المطلب الرابع - حكم العقد الفاسد :

يتيمّز مذهب الحنفية عن غيره من المذاهب الفقهية بتفريقه بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، وبناءً على تفريقهم بين العقد الباطل والفاسد فقد تميّزت أحكام كل منهما عن الآخر^(٤) ، وفيما يلي بيان حكم العقد الفاسد تفصيلاً على النحو التالي :

(١) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الحصري السيوطي (٨٤٩ - ٩١١ هـ) : أبو الفضل ، جلال الدين ، من كبار علماء الشافعية . أصله من أسير ، ونشأ يتيماً بالقاهرة . حفظ القرآن وهو ابن ثماني سنوات ، مؤرخاً أدبياً . وأعلم أهل زمانه بعلم الحديث وقنونه والفقه واللغة . لما بلغ الأربعين اعتزل الناس وتفرغ للتأليف .

من مصنفاته والتي أحصاها بعضهم (٦٠٠) : (الأشياء والنظائر في فروع الشافعية ، و(الحاوي في الفتاوى)؛ و(الإتقان في علوم القرآن) ، و(الجامع الصغير في الحديث ، و(الدرد المنثور في التفسير المأثور) . [انظر : البغدادى / هدية العارفين : (١/٥٣٤-٥٤٤) ؛ ابن العماد / شذرات الذهب : (٨/٥٠١-٥٥٠) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١٢٨/١٣١) ؛ الزركلي / الأعلام : (٣/٣٠١-٣٠٢)] .

(٢) السيوطي / الأشياء والنظائر : ١٦٦ - ١٦٧ .

(٣) الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٧٤/٢ .

(٤) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٤٠١/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المحتار على الدر المختار : ٤٩/٥ .

أولاً . قبل القبض :

العقد الفاسد منعقد شرعاً ، إلا أن الأصل أنه لا ينتج أثراً ؛ لأنه عقد غير صحيح ومنهي عنه ، وبناءً على ذلك فإن العقد الفاسد لا ينتقل به الملك قبل الإذن بالقبض صراحة أو دلالة^(١) ، ولا ينتج حقوقاً ، ولا يفرض التزامات ؛ كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد . ففي عقد البيع الفاسد لا يستطيع البائع إجبار المشتري على دفع الثمن ، كما أن للمشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع ؛ لأن القبض شرط الملك ، ولأن كلاً من العاقلين يجب عليه فسخ العقد .

وأيضاً فإن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة ، ولا تثبت فيه الشفعة ، حتى بعد القبض وانتقال الملكية ؛ لعدم انقطاع حق البائع ، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بنبوت الملك للمشتري^(٢) .

ثانياً . بعد القبض :

العقد الفاسد بعد القبض بإذن مالكة يفيد حكمه في الجملة . فعقد البيع الفاسد مثلاً يفيد الملك بعد القبض بإذن البائع صراحة أو دلالة ويضمنه بالمثل أو القيمة لا بالمسمى ، وهو ملك يستحق الفسخ ، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك ، كالبيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المملوك ، وأما التصوف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار فالصحيح أنه لا يحل ؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع ؛ لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ، ولهذا لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد بالتسليم^(٣) .

وذهب بعض الحنفية إلى أن المشتري بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف في العين فحسب ، بل يملك العين نفسها والتصرف فيها ، وإنما لم يحل له الانتفاع بعين المملوك ؛ لأن الانتفاع به إغراض عن الرد وهو واجب شرعاً^(٤) .

(١) كما إذا قبض المشتري المبيع في مجلس العقد بوجود البائع ولم يمنعه البائع كان إذاً منه بالقبض دلالة . [انظر :

ابن الهمام / فتح القدير : ٤٦٣ / ٦ ؛ الباري / العناية على الهداية : ٤٦٣ / ٦] .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٤ / ٥ ؛ المرغباني / الهداية : ٤٦٢ / ٦ ؛ الباري / العناية على الهداية :

٤٦٢ / ٦ .

(٣) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٤٠٤ / ٦ — ٤٠٥ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٤ / ٥ .

(٤) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٩٢ / ٦ — ٩٣ .

ثالثاً - وجوب فسخ العقد الفاسد :

العقد الفاسد واجب الفسخ سواء أقبِل القبض أم بعده ما لم يوجد مانع من موانع الفسخ ^(١) ؛ لأن العقد وإن كان مشروعاً في ذاته فالفساد مقترن به ذكراً ، ودفع الفساد واجب ولا يمكن إلا بفسخ العقد ^(٢).

يقول الكاساني معللاً استحقاق البيع الفاسد للفسخ "لأن اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وإدخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية ، والزجر عن المعصية واجب ، واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية ؛ لأنه إذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يتمتع عن المباشرة" ^(٣)

إلا أن فقهاء الحنفية صرحوا بانقلاب العقد الفاسد صحيحاً إذا أمكن رفع سبب الفساد بدون الفسخ قبل القبض ؛ وذلك لأن العقد الفاسد واجب الفسخ لغيره لا لعينه ، كما إذا كان الفساد في البيع لجهالة الأجل فعينه العاقدان قبل انتهاء مجلس العقد ، أو أسقطاه بعد مجلس العقد ، يسقط ويبقى البيع مشروعاً ، كذلك العقود الربوية يمكن تصحيحها بإزالة الربا عنها ، والعقود المقترنة بالشروط الفاسدة تنقلب صحيحة بإسقاط هذه الشروط ^(٤).

وهذا الحكم يتخرج على قاعدة : إذا زال المانع عاد الممنوع . ومعنى هذه القاعدة : أن ما شرع من الأحكام في الأصل وامتنعت مشروعيته بمانع عارض ، فإذا زال المانع عاد حكم مشروعيته وجوازه ^(٥).

(١) ومن موانع الفسخ في عقد البيع الفاسد : تصرف المشتري في المبيع بعد قبضه تصرفاً يستوجب لغيره حقاً ، فإذا باع المشتري المبيع المقبوض بعقد فاسد بلا شرط خيار ، أو وهبه مع تسليمه أو تصدق به أو وقفه ، بطل حق الفسخ ورجع البائع على المشتري بقيمة الشيء أو مثله . ومنها : الزيادة إذا كانت متصلة غير متولدة من الأصل ولا يمكن تسليم المبيع إلا بها . [انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠١/٥ - ٣٠٣] .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ ؛ المرغباني / الهداية : ٤٦٥/٦ ؛ ابن القيم / فتح القدير : ٤٦٥/٦ ؛ البahrني / العناية على الهداية : ٤٦٥/٦ ؛ ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ١٢٤/٥ .

(٣) بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ .

(٤) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٥/٦ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ ؛ أمر بادشاه / تيسير التحرير : ٣٨١/١ .

(٥) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ٢٤) ؛ حيدر / درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٣٥/١ .

أما إذا لم يرفع سبب الفساد ، أو كان لا يمكن رفعه بقي العقد الفاسد مستحقاً للفسخ .

ولكن من يملك حق الفسخ في العقد الفاسد ؟ لكل من العاقدين حق فسخ العقد الفاسد قبل القبض من غير رضا الآخر رفعاً للفساد ؛ لأن العقد الفاسد قبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والإيجاب فيملكه كل من العاقدين^(١).

فإذا تم القبض في العقد الفاسد ينظر هل الفساد في صلب العقد^(٢) ، أم لا ؟ فإن كان الفساد في صلب العقد كان لكل من العاقدين حق الفسخ كالقسم الذي قبله ؛ لأن الفساد إذا رجع إلى صلب العقد فقد سلب العقد اللزوم ، فكان لكل منهما حق فسخه .

أما إن كان الفساد في العقد راجعاً إلى شرط فاسد كالبيع على أن يقرضه ، أو إلى أجل مجهول ، فقد اختلف فقهاء الحنفية لمن يكون حق الفسخ ؟ ففي قول أبي حنيفة وأبي يوسف لكل من العاقدين حق الفسخ ؛ لأن العقد مستحق للفسخ حقاً للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ، وإذا كان العقد غير لازم فلكل من العاقدين فسخه .

وعلى قول محمد فإن حق الفسخ لمن له شرط المنفعة ، ولا يملك العاقد الآخر حق فسخ العقد ؛ لأن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد ، ذلك أنه إذا أسقط شرطه زال سبب الفساد وانقلب العقد صحيحاً ، فلو فسخه الآخر لأبطل حقه عليه ، وهذا غير جائز^(٣) .

بقيت الإشارة إلى مسألة مهمة ، وهي :

إذا لم يمكن رفع الفساد من العقد أو إسقاطه فهل يملك العاقدان أو أحدهما التنزل

عن فسخ العقد الفاسد ؟

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ ؛ المرغيناني / الهداية : ٦/ ٤٦٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٦/

٤٦٥ ؛ الباربي / العناية على الهداية : ٦/ ٤٦٥ .

(٢) أي لمعني في أحد البديلين كبيع درهم بدرهمين ، و بيع ثوب بخمر . [الباربري / العناية على الهداية :

٦/ ٤٦٥] .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٠/٥ ؛ المرغيناني / الهداية : ٦/ ٤٦٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٦/

٤٦٥ ؛ الباربي / العناية على الهداية : ٦/ ٤٦٥ .

الفسخ في العقد الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط ، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت العقد أو ألزمته ؛ لسببين :

أحدهما : أن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة ؛ لأنها أثر من آثار العقود الصحيحة ، والفساد يباين الصحيح .

الثاني : أن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى لدفع الفساد ، وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه قصداً^(١).

وإذا فإذا أسقط العاقدان أو أحدهما حقه في الفسخ أو أجاز العقد ، فلا يسقط حقه في الفسخ ، ولا يعتد بإجازته للعقد ، ويبقى وجوب فسخ العقد الفاسد دفعاً للفساد .

رابعا - ضابط في العقود التي يجري فيها الفساد عند الحنفية :

إن تقسيم العقد غير الصحيح عند الحنفية إلى فاسد وباطل لا يشمل جميع العقود ، بل يقتصر على طائفة منها ، فالعقود ليست كلها سواء في هذا التقسيم عند الحنفية ، وهذا يعني أن هناك طائفة من العقود يشملها هذا التقسيم للعقد غير الصحيح فيكون غير الصحيح منها إما فاسداً أو باطلاً ، وهناك طائفة أخرى من العقود لا يشملها هذا التقسيم ، فلا يجري فيها الفساد ، فالعقد الفاسد منها بمعنى الباطل ، ويجري عليه حكم البطلان ، أي أن العقد غير الصحيح فيها بدرجة واحدة فلا فرق بين فاسد وباطل .

لكن ما الضابط الذي يميز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري

فيها ؟

لم يضع فقهاء المذهب الحنفي ضابطاً لتمييز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري فيها إلا أنهم يصرحون بذلك عند كل عقد في موضعه ، وبناء على ذلك وضع الفقهاء المعاصرين ضابطاً يميز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري فيها الفساد عند الحنفية^(٢) ، وهذا الضابط يبين محل التمييز بين القسمين ، وهو التالي :-

إن العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة ، أو تنقل الملكية هي التي يجري فيها التمييز بين الفساد والبطلان .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠١/٥ .

(٢) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٦٨١/٢ ؛ بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود

فيدخل في هذا الضابط عقد البيع والإجارة والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والصلح عن المال والمخارحة والقسمة وأمثالها ؛ لأنها عقود مالية وتنتج التزامات متبادلة ، وأيضا يدخل في هذا الضابط عقد القرض والرهن ؛ لأنهما ينقلان الملكية ^(١).

وخرج عن هذا الضابط ما يلي :

١- العقود المالية التي تنشئ التزامات متبادلة ولكن لا تنقل الملكية ، كالإيداع والإعارة .

٢- العقود غير المالية ، كعقد النكاح ، فلا فرق بين باطله وفاسده ، وهما بمعنى واحد ولهما حكم واحد عند جمهور الحنفية ^(٢).

وكذلك عقود التفويض كالوصاية والوكالة والتحكيم ؛ لأن هذه العقود ليس محلها المال ، وإنما محلها الولاية والسلطة والنيابة والتفويض .

٣- تصرفات الإرادة للمنفردة التي ليست من قبيل العقود ، وإن كان يطلق عليها لفظ العقد بمدلوله العام ^(٣) ، كالطلاق والعنق والوقف والإبراء والكفالة والإقرار والدعوى وأمثالها ، فلا فرق بين فاسدها وباطلها وكلاهما بمعنى واحد .

المطلب الخامس - أثر العقد الفاسد في الضمان :

القاعدة عند الفقهاء في ذلك هي : أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده ، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده ^(٤) .
نص على ذلك الشافعية والحنابلة ، وهو المستفاد من مذهب الحنفية والمالكية .
فالعقد الفاسد عند الحنفية يفيد حكمه بعد القبض بإذن المالك ؛ فإن كان من عقود الضمان وحصل القبض فإنه يوجب الضمان مع الفساد ، كعقد البيع ^(٥) .

(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ - ٣٣٨ .

(٢) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٧ ؛ الحموي / غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٤٣٩/٣ .

(٣) راجع تعريف العقد بمدلوله العام ، ص : ٤٣ - ٤٦ .

(٤) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٣ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٠٧/١ ؛ نهاية المحتاج : ٢٨٢/٤ ؛ القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٧) : ٦٤ ؛ شرح منتهى الإرادات : ٣٢٦/٢ .

(٥) انظر : ابن الممّار / فتح القدير : ٤٠٤-٤٠٥ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٤/٥ .

وعند الملكية ينتقل الملك للمشتري في البيع الفاسد إذا فات البيع في يده ، ويجب عليه ضمانه ، إما بالمثل إن كان مثليا ، أو بالقيمة فيمما لا مثل له ^(١) .

إذا علمت هذا فاعلم أنهم إما أوجبوا الضمان في كل عقد فاسد إذا كان يجب الضمان في صحيحه ؛ لأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفساد أولى .

وأما ما لا يجب الضمان في صحيحه فلا يجب في فاسده ؛ لأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضمانا ^(٢) .

ففقود الضمان كالبيع والإجارة والنكاح والطلاق بعوض والخلع والعارية والصلح والكفالة موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد ، وعقود الأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة والعارية ، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة لا يجب الضمان فيها مع الصحة ولا مع الفساد عند التلف .

وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح ضمن في مثلها من الفاسد ، بل المراد من القاعدة استواء العقد الصحيح والفساد في أصل الضمان ، لا في الضامن والمقدار ؛ لأحكما لا يستويان .

أما الضامن فإن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة ، فإن الأجرة تكون على الولي ، لا في مال الصبي ، بخلاف الإجارة الصحيحة فالأجرة في مال الصبي .

وأما في المقدار : فإن البيع الصحيح مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة أو المثل . والقرض الصحيح مضمون بالمثل مطلقا ، وفاسده بالمثل أو القيمة . والمساقاة الصحيحة مضمونة بالمسمى ، وفاسدها بأجرة المثل . وكذا القراض ، والإجارة ، والمساواة ، والجعالة . والوطء في النكاح الصحيح مضمون بالمسمى ، وفي الفاسد بمهر المثل ^(٣) .

(١) انظر : ابن جزى / القوانين الفقهية : ١٧٢ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٤٥/٢ - ١٤٦ ؛ الدردير / الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه : ٣٥ - ٣٦ .

(٢) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٣ ؛ الرلمي / نهاية المحتاج : ٢٨٢/٤ .

(٣) انظر : ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٠٧/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٤ ؛ ابن رجب /

القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٧) : ٦٥ - ٦٦ .

القول في ضمان النكاح هي إحدى الروايتين عن الإمام أحمد ، والظاهر أن الصحيح هو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد .

وقال ابن رجب : النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد ^(١) . ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساد معقد ، ويسترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة وجوب المهر فيه بالعقد وتقرر بالخلو ، فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح ، يوضحه أن ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمن البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد ^(٢) .

ولهذه القاعدة مستثنيات ذكرها السيوطي وابن السبكي — رحمهما الله — ^(٣) ، وهي :
أما قولنا : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده يستثنى منه مسائل :

الأولى : إذا قال قارضتك على أن الربح كله لي ، فالصحيح أنه قراض فاسد . ومع ذلك لا يستحق العامل أجره على الصحيح وإن ربح ، وفي القراض الصحيح يستحق المسمى صحيحها مضمون بخلاف فاسدها في هذه الصورة .

الثانية : إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له ، فالحكم كالقراض .

الثالثة : إذا ساقاه على وادي ليغرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه ويعهده مدة والثمر بينهما ، فسد ، ولا أجر .

وكذا إذا ساقاه على وادٍ مغروس وقدر مدة ، لا يثمر فيها عادة .

الرابعة : إذا فسد عقد الزمة من غير الإمام ، لم يصح على الصحيح ، ولا جزية فيه على الذمي على الأصح .

الخامسة : لو عرض العين المستأجرة على المستأجر ، فامتنع من تسلمها إلى أن انقضت المدة ، استقرت الأجرة ، ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر .

السادسة : استحجار المسلم للجهاد ، لا يصح ، ولا شيء .

السابعة : إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه ، وقلنا : لا يجوز ، فلا تستحق أجرة المثل ، في الأصح .

الثامنة : للمسابقة إن صحَّت ، فالعمل فيها مضمون ، وإن فسدت لا يُضمنُ في وجه .

التاسعة : النكاح الصحيح يوجب المهر ، بخلاف الفاسد .

(١) وهي المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كتب الخلاف . [انظر : القواعد في الفقه الإسلامي (٤٧ : ق) : ٦٥ — ٦٦] .

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي (بتصرف) (٤٧ : ق) : ٦٥ — ٦٦ .

(٣) انظر : الأشباه والنظائر : ٢٨٣ — ٢٨٤ ، السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٠٧/١ .

وأما قولنا : كل عقد لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده يستثنى منه مسائل :
الأولى : الشركة الصحيحة ، لا يكون عمل كل من الشريكين في مال صاحبه مضمونا عليه ، وفي الفاسدة يكون مضمونا بأجرة المثل .

الثانية : لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة ، لكن إذا صدر الرهن ، والإجارة من الغاصب ، فتلقت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح ، وإن كلل القرار على الغاصب ^(١) .

الثالثة : المقبوض بالهبة الفاسدة يضمن في وجهه ، كالبائع الفاسد ، مع أنه لا ضمان في صحيح الهبة .

الرابعة : ما صدر من السفه والصبي مما لا يقتضي صحيحه الضمان ، فإنه يكون مضمونا على من قبضه منه ، مع فساد .

فصحيح الوديعة لا ضمان فيها على المودع ، ولو أخذها من صبي أو مجنون ضمن .
وقد ذكر البيهقي ^(٢) ضابطا لهذه القاعدة يخرج منها جميع المسائل المستثناة ، بقوله :
" كل عين لا تعدّي فيها وكانت مضمونة بعقد صحيح كانت مضمونة بفاسد ذلك العقد ، وما لا فلا " ^(٣) .

(١) انظر (حكم ضمان الأيدي القابضة من الغاصب) : ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٢٢/١ — ٣٢٣ ؛

ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٩٣) : ٢٠٢ — ٢٠٨ .

(٢) سليمان محمد عمر الشافعي المعروف بالبيهقي (١١٣١هـ — ١٢٢١هـ) : فقيه ، ولد ببيهرم (من

قرى الغربية بمصر) ، قدم إلى القاهرة وتعلم بالأزهر ودرس ، كف بصره ، وتوفي بمغفطية بالقرب من بيجهرم .

من مصنفاته : (التجريد لنفع العبد) وهو حاشية على شرح المنهج للقاضي زكريا ، (تحفة الحبيب على شرح

الخطيب) ، (حاشية على الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع) وكلاهما في فروع الفقه الشافعي .

[انظر : البغدادي / هدية العارفين : ٤٠٦/١ ؛ الزركلي / الأعلام : ١٣٣/٣ ؛ كحالة / معجم المؤلفين :

٢٧٥/٤] .

(٣) حاشية البيهقي على شرح منهج الطلاب : ٣٨٤/٢ — ٣٨٥ .

المطلب السادس — أسباب الفساد العامة ، والخاصة :

السبب العام :

إن السبب العام والأساسي في فساد العقد هو : " مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية مُتممة " ^(١) .

بيان ذلك : أن هذا السبب العام يظهر في العقود بصور عديدة ، يُحددها الفقهاء في كل عقد ، فتعدُّ هي السبب المباشر في فساد العقد بسبب الخلل الذي أحدثته في وصف العقد .

ويرجع سبب فساد العقود إلى فقدان شرط من شروط صحة العقد التي يجب توفرها ليكون العقد صحيحاً ، وشروط الصحة كثيرة منها شروط عامة يجب توفرها في جميع العقود ، ويترب على فقدان شرط منها فساد العقد ، ومنها شروط خاصة ببعض العقود دون بعض ^(٢) .

ومن ثمَّ فإنَّ الأسباب التي تجعل العقد فاسداً عند الحنفية هي :

أولاً — الجهالة .

ثانياً — الغرر .

ثالثاً — الإكراه .

(١) الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٦٨٨/٢ .

(٢) ذلك أن فقهاء الحنفية يُقسِّمون الشروط في العقود إلى أربعة أقسام : شروط الانقضاء وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم ، والمراد هنا شروط الصحة — كما سبق — ، قال ابن عابدين : أن الشرائط في البيع أربعة أنواع : شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم .

فالأول أربعة أنواع : الأول — في العاقد ، وهي : العقل والعدد . والثاني — في العقد ، وهي : موافقة الإيجاب للقبول ، وكونه بلفظ الماضي . والثالث — شرط مكانه وهو : اتحاد المجلس . والرابع في المعقود عليه ، وله ستة شروط هي : كونه موجوداً ملاً مُتَقَوِّماً مملوكاً في نفسه ، وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، وكونه مقدوراً على تسليمه . وأما الثاني : وهو شرائط النفاذ فاثنتان : الملك أو الولاية ، وأن لا يكون في البيع حق لغير البائع . وأما الثالث : وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون ، منها عامة ومنها خاصة ، فالعامة لكل بيع شروط الانقضاء السابقة ؛ لأن مالا يتعقد لا يصح ، وعدم التوقيت ، ومعلومية المبيع ، ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة ، وخلوه عن شرط مفسد ، والرضا ، والفائدة . أما الشروط الخاصة فهي : معرفة الأجل في البيع الموجه لمنه والقبض في بيع المشتري المنقول ، وفي الدين ، وكون البديل مسمى في المبادلة القولية ، والخلو عن شبهة الربا ، ووجود شرائط السلم فيه ، والقبض في الصرف قبل الافتراق ، وعلم الثمن الأول في مراينة وتولية وشركة ووضعية . [حاشية رد مختار على الدرر المختار (بتصرف) : ٥٠٤/٤ — ٥٠٦ . وانظر : الكاساني / بدائع الصنائع ١٥٦/٥ ؛ ابن الهمام / فتح القدير ٢٤٨/٦] .

رابعا — الضرر الذي يصحب التسليم .

خامسا — الشرط الفاسد .

سادسا — الربا ^(١) .

وهذه الأسباب ذاتها تجعل العقد باطلا في المذاهب الأخرى على تفصيل فيما يتعلق بالإكراه .

وأما الأسباب الخاصة في فساد العقد فيرجع في معرفتها إلى شرائط الصحة الخاصة بكل عقد ، ولا سبيل لحصرها في هذا البحث ومنها على سبيل المثال اشتراط الشهود في عقد النكاح ، واشتراط التسليم في العقود العينية ، وعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتعليكات كالتبعية والهبة والإبراء فإن التعليق يبطلها .



(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٥٦/٥ وما بعدها ؛ السنهوري / مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ١٢٧/٤ .

يقول الدكتور السنهوري تحت عنوان ابتداء فكرة العقد الفاسد : " أن الفقه الحنفي أراد في الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسبابا لبطان العقد ، فهو يتميزه بين الأصل والوصف ، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشروط الفاسدة ، وعزلها عن أصل العقد ، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط . فمُنِيَ بذلك بين ما عدّه أصلا في العقد إذ جعل أي خلل فيه يصيب العقد بالبطان ، وبين ما عدّه وصفا فأنزله منزلة أقل شأنا من منزلة الأصل . وبذلك أضعف الأثر الذي يترتب على الغرر والربا والشروط الفاسدة تحت ستار العقد الفاسد " [مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٢٧٢/٤] .

الفصل الثالث

أقسام العقود من ناحية الصيغة

- ويتمثل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :
- المبحث الأول : العقد المنجز ، وحكمه .
- وفيه مقالان :
- المطلب الأول : تعريف العقد المنجز .
- المطلب الثاني : حكم العقد المنجز .
- المبحث الثاني : العقد المضاف ، وحكمه .
- وفيه خمسة مطالب :
- المطلب الأول : تعريف العقد المضاف .
- المطلب الثاني : حكم العقد المضاف .
- المطلب الثالث : علاقة الأجل بالعقد .
- المطلب الرابع : أقسام العقود بالنسبة لقبولها (الإضافة أو حرج قبولها .
- المطلب الخامس : في الفروق .
- المبحث الثالث : العقد التعليق ، وحكمه .
- وفيه ستة مطالب :
- المطلب الأول : تعريف العقد التعليق .
- المطلب الثاني : حكم العقد التعليق .
- المطلب الثالث : شروط صحة التعليق .
- المطلب الرابع : أقسام العقود بالنسبة لقبولها (التعليق أو حرج قبولها .
- المطلب الخامس : في الفروق .
- المطلب السادس : فائدة في ذكر كيفية تبرع الأحكام في العقود .

تقديم :

إن صيغة العقد — وهي الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما كما تقدم — هي التي يوجد بها العقد بين المتعاقدين أو بين طرفي العقد . ولكن هل يتم بذلك العقد وتترتب آثاره عليه في الحال ، أم لا يفيدها إلا في زمن يتحدد بين العاقدين ويرضيانه ، أم لا يفيدها لأنه عُلّق على شرط قد يتحقق وقد لا يتحقق ؟

إن صيغة العقد إما أن تكون مطلقة من كل قيد وشرط ، وإما أن تكون مضافة إلى زمن مستقبل ، وإما أن تكون معلقة على شرط ، ولكل حالة من هذه الحالات حكم يخصه وبناء على ذلك فينقسم العقد حسب صيغته إلى ثلاثة أقسام :

الأول — العقد المنجز .

الثاني — العقد للمضاف .

الثالث — العقد المعلق .

وبيان كل قسم من هذه الأقسام على النحو التالي في مباحث ثلاثة .

المبحث الأول — العقد المنجز ، وحكمه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول — تعريف العقد المنجز .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف التنجيز لغة واصطلاحاً .

التنجيز في اللغة يأتي لعدة معان منها :

أ — الفناء والذهاب ، يُقال : نَجَزَ الشيء ونَجَزَ إذا فَنِيَ وذهب فهو ناجز .

ب — الانقطاع ، يُقال : نَجَزَ ونَجَزَ الكلام ، إذا انقطع .

ج — الحضور والتعجيل ، يُقال : نَجَزَ الوَعْدَ نَجْزاً ، تَعَجَّلَ . وقال سيبويه : وقالوا أبيعُكَ الساعة ناجزاً بناجز ، أي مُعَجَّلاً . وشيء ناجزٌ ، أي حَاضِرٌ . ومنه بَعَثَهُ نَاجِزاً بناجز ، أي يَدُ بيد .

د — قضاء الحاجة ، يُقال : اسْتَنَجَزَ حَاجَتَهُ وَتَنَجَّزَهَا ، طلب قَضَاءَهَا مِنْ وَعْدِهِ إِثْمًا^(١) .

وفي اصطلاح الفقهاء يستعمل التنجيز في الحضور والتعجيل^(٢) .

الفرع الثاني : تعريف العقد المنجز .

العقد المنجز هو : ما صدر على وجه تترتب آثاره عليه في الحال ، إن كان العقد مما لا

يحتاج في تمامه لقبض العقود عليه^(٣) .

قولنا : (ما صدر على وجه تترتب آثاره عليه في الحال) : وذلك بأن تكون صيغته كافية لتترتب آثاره عليه في الحال ، بأن تكون غير معلقة على شرط ، ولا مضافة إلى زمن مستقبل ، كعقد البيع ، فإنه يترتب عليه أثره من انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وملكية

(١) انظر : (م: نجز) : ابن منظور / لسان العرب : ٤١٣/٥ ؛ الفيروز آبادي / القاموس المحيط : ١٩٣/٢ ؛ الفيومي / المصباح المنير : ٢٢٦ .

(٢) انظر : النسفي / طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية : ١٢٣ ؛ الركني / النظم المستعذب في شرح غريب المهذب : ٩٣/٢ .

(٣) انظر : الحنيف / أحكام المعاملات الشرعية : ٢٢٠ .

التمن للبائع بمجرد صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين متى كان العقد مستوفيا أركانته وشروطه .

قولنا : (إن كان العقد مما لا يحتاج في تمامه لقبض المعقود عليه) : وذلك لإخراج العقود العينية كالمبة والقرض والعارية والرهن ، والتي لا يكتفى بالصيغة لتترتب آثارها عليها بل لابد من قبض المعقود عليه ليكون العقد تاماً مفيداً لأحكامه ملزماً لآثاره على خلاف وتفصيل يأتي بيانه ^(١).

المطلب الثاني — حكم العقد المنجز .

العقد المنجز تترتب آثاره عليه في الحال ما دام صحيحاً مستوفياً لأركانته وشروطه .

وهل الأصل في العقود التجيز أم الإضافة والتعليق ؟

الأصل في العقود عند جمهور الفقهاء أن تكون منجزة ، أي أن آثارها تترتب عليها في الحال بمجرد انعقادها ما دام العقد مستوفياً لأركانته وشروطه ، وخاصة عقود التمليكات ^(٢)، لاستقرار المعاملات وكذلك النكاح ، ويستثنى من الأصل السابق عقد الوصية فإنه لا يكون إلا مضافاً إلى الموت ؛ لأن التملك في الوصية موضوعه مال الموصي بعد موته ، وكذلك الإيضاء فإنه إثبات التصرف بعد الموت للغير فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونته واقتضاءها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم ^(٣) .



^(١) انظر تفصيل القول في العقود العينية وأقسامها في الفصل الثامن من هذا البحث .

^(٢) عقود التمليكات هي : ما يقصد بها تملك العين أو المنفعة ، بعوض أو بغير عوض . [انظر : الحنيف / الأموال ونظرية العقد : ٤٦٣] .

^(٣) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٠٤/٦ ؛ ابن رشد / بداية الجتهد : ٢٥٢/٢ — ٢٥٣ ؛ التسولي / البهجة شرح التحفة : ٣١٠/٢ ؛ الشرفاوي / حاشية الشرفاوي على تحفة الطلاب : ٤/٢ ؛ المنهاجي / جواهر العقود : ٤٤٦/١ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٤٤/٦ ، ٥٩٨ ؛ النسفي / طلبة الطلبة : ٢٤٢ .

المبحث الثاني - العقد المضاف ، وحكمه :

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول - تعريف العقد المضاف .

وفيه فرعان :

الفرع الأول . تعريف الإضافة لغة واصطلاحاً .

الإضافة لغة : الضم والإمالة ومطلق الإسناد ، وهي الأمر للمعنوي ^(١) .

ولا تخرج الإضافة في اصطلاح الفقهاء عن معانيها اللغوية السابقة ، فهي تأتي بمعنى الإسناد ، والنسبة ، وضم الشيء إلى الشيء .
فإذا قيل الحكم مضاف إلى فلان ، أو صفته كذا كان إسناداً إليه . وإذا قيل الحكم مضاف إلى زمان كذا كان تخصيصاً ^(٢) .

(١) انظر : الفيومي / المصباح المتير (م : ضيف) : ١٣٩ ؛ ابن منظور / لسان العرب : ٢٠٨/٩ وما بعدها .

(٢) يرى بعض الفقهاء المعاصرين أن الإضافة في العقود نوعان :

الأول : الإضافة إلى الوقت ، وهذا النوع من الإضافة هو المراد عند إطلاق الفقهاء لفظ العقد المضاف ، وهو موضوع هذا المبحث .

الثاني : الإضافة إلى الشخص ، والمراد بها : أن ينسب حكم التصرف إلى شخص معلوم ، أي أن يضيف مباشر التصرف ذلك التصرف إلى غيره .

وقد تكون الإضافة بإذن من له الحق في مباشرة التصرف ، أو بغير إذنه .

أما الأول فمثاله عقد الوكالة ، فإنه يصح ، فمن وكل غيره في بيع أو طلاق أو إيصال هبة أو ودعة فلإن الوكيل يقوم مقام الموكل فيما وكل به ، وتصرفات الوكيل معتبرة .

وأما الثاني فله حالتان : الأولى أن يكون التصرف لا يفتقر إلى إذنه ، فإنه يصح ، ومثاله : تصرف الوصي في شأن الموصى عليهم ، فالوصي لا يحتاج في تصرفاته إلى إذن الموصى عليهم ، لأنهم تحت وصايته ، فتصرفاته تنفذ عليهم عملاً بكلام الوصي .

ومنها : الولاية ، فإن تصرفات الولي تنفذ على من له الولاية عليهم ولا يفتقر إلى إذنه .

الحالة الثانية : أن يكون التصرف يفتقر إلى إذن الغير ، ومثاله عقد الفضولي ، فهو تصرف بلا إذن ولا وصاية ولا ولاية ولا قرامة . وفي صحة عقد الفضولي خلاف بين الفقهاء ينظر في مظانه حيث لا تسمح طبيعة البحث بالخوض فيه .

وهذا النوع من الإضافة يخرج عن نطاق هذا المبحث ؛ لأن الفقهاء عند إطلاقهم لفظ العقد المضاف فإن مرادهم بالإضافة فيه تأخر ثبوت آثار العقد إلى الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب كما يتضح لنا من خلال هذا المبحث . [انظر هذا التقسيم : الموسوعة الفقهية : ٦٨/٥ . وانظر من هذا البحث ، ص : ٢١٦]

قال الجرجاني^(١) معرفاً للإضافة : هي حالة نسبية متكررة ، بحيث لا تعقل إحداهما إلا مع الأخرى ، وهي النسبة العارضة للشيء بالقياس إلى نسبة أخرى ، وهي امتزاج اسمين على وجه يفيد تعريفاً أو تخصيصاً^(٢) .

الفرع الثاني . تعريف العقد المضاف .

العقد المضاف هو : ما صدر بصيغة تنفيذ تأخير الآثار المترتبة على العقد إلى الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب أو العقد^(٣) .

فصيغة العقد المضاف تنفيذ وجود العقد في الحال وتأخر أحكامه إلى المستقبل ، ومثاله في عقد الإجارة قول المالك : أجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم . فيقبول المستأجر يكون قد استأجر المسكن اليوم ، ولكن لا تبدأ الإجارة فعلاً إلا من مطلع الشهر حسب ما تعاقدوا عليه .

وكذلك المسافر يستأجر مكانه في القطار أو الباخرة أو الطائرة قبل سفره . بمدة قد تطول وقد تقصر .

المطلب الثاني — حكم العقد المضاف .

العقد المضاف إلى زمن مستقبل يتعقد في الحال ، إلا أن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه ، أي أنه يؤخر حكمه إلى مجيء الزمان الذي أضيف إليه .

(١) علي بن محمد بن علي الحسيني الحنفي ، المعروف بالشرif الجرجاني (٧٤٠ — ٨١٦هـ) : أبو الحسن ، فيلسوف ، من كبار العلماء بالعربية ، مشارك في أنواع من العلوم ، فريد عصره ، سلطان العلماء العاملين ، اختار أعظم المفسرين ، ولد في تاركو (قرب استرabad) ودرس في شيراز ، ولما دخلها تيمور سنة ٧٨٩هـ فر الجرجاني إلى سمرقند ثم عاد إلى شيراز بعد موت تيمور فأقام إلى أن توفي .
له نحو خمسين مصنف ، منها : (التعريفات) ، و (شرح مواقف الإيجي) ، و (شرح السراجية) في الفرائض و (رسالة في فن أصول الحديث) .
[انظر : للكتوبي / الفوائد البهية في تراجم الحنفية : (١٢٥ — ١٣٤) ؛ الزركلي / الأعلام : (٧/٥) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٢١٦/٧)] .

(٢) التعريفات : ٤٥ .

(٣) انظر : أمير بادشاه / تيسير التحرير : ١٢٩/١ ؛ الحنفيف / أحكام المعاملات الشرعية : ٢٢١ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٥٠٧/١ .

وهذا النوع من العقود صحيح ، وهي أسباب لأحكامها وآثارها التي تكون في الوقت المحدد برضا المتعاقدين ^(١) .

المطلب الثالث — علاقة الأجل بالعقد .

ينقسم العقد من حيث اقترانه بالأجل إلى قسمين ^(٢) :

أحدهما : العقد المضاف ، فالعقد المضاف إلى زمن مستقبل هو أحد نوعي العقد المقترن بأجل .

و الثاني : العقد الموقت ^(٣) ، وهو : العقد الذي يتم بمقتضاه تحديد أجل استيفاء الحق حال التعاقد .

والمراد بقولنا (أجل استيفاء الحق) : الفترة الزمنية التي يستمر فيها تنفيذ الالتزام الناتج عن العقد لاستيفاء الحق ، وبانقضائها ينتهي العقد .

بيانه : أن العقد الموقت ينعقد في الحال ويترتب عليه أثره في الحال ، إلا أنه ينتهي بحلول أجل معين فإذا انقضى أجله انتهى بذلك العقد وعاد الحق إلى صاحبه ، كعقد الإجارة ، فإنها لا تصح إلا على مدة معلومة ، أو على عمل معين يتم في زمن ، وينتهي عقد الإجارة بانتهائها .

فرع . في ذكر قاعدة العقد الموقت :

قاعدة هذا القسم كما صرح بها فقهاء الشافعية ^(٤) هي كما يلي :

١ — كل عقد كانت المدة ركناً فيه لا يكون إلا مؤقتاً ، كالإجارة فلا خلاف بين

(١) انظر : أمير بادشاه / تيسير التحرير : ١٢٩/١ .

(٢) انظر : محمضاني / النظرية العامة للموجبات والعقود : ٢١٧/٢ .

(٣) التوقيت لغة : تقدير زمن الشيء .

و اصطلاحاً : ثبوت الشيء في الحال وانتهائه في وقت معين [انظر (م : وقت) : الفيومي / المصباح المنير : ٢٥٦ ؛ التهانوي / كشف اصطلاحات الفنون : ٨٣/١ ؛ الكفري / الكليات : ١٠٣/٢] .

(٤) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٢ — ٢٨٣ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٢٤٠/١ .

الفقهاء في أن الإجارة لا تصح إلا مؤقتة بمدة معينة ، أو بوقوعها على عمل معين معلوم ^(١) ، وكذلك للزراعة عند جمهور الحنفية ، والشافعية ، خلافاً لمحمد بن الحسن والمالكية والحنابلة فيحوز عقد للزراعة بلا بيان مدة ويقع على أول زرع يخرج ^(٢) ، والمساقاة عند المالكية والشافعية خلافاً للحنفية والحنابلة فلا يشترط لصحة المساقاة التأقيت ^(٣) .

٢- كل عقد لا تكون المدة ركناً فيه ، لا يكون إلا مطلقاً ، وقد يعرض له التأقيت حيث لا ينافية ، كالعارية ^(٤) ، والوكالة ^(٥) .

٣- ما لا يقبل التأقيت من العقود متى أقت بطل ، كالبيع ، والنكاح وغيرها ^(٦) .
والحاصل من خلال نصوص أئمة المذاهب الأخرى موافقة الشافعية في أصل هذه القاعدة مع ملاحظة اختلاف الآراء للمذهبية في بعض الفروع .

(١) انظر : الدردير / الشرح الكبير : ١٢/٤ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٣ ؛ النووي / روضة الطالبين : ١٩٢/٥ — ١٩٦ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٢/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٨/٦ ، ٩ ، ١٢ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٨/٦ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٨٠/٦ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣٧٢/٣ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ١٢٣/٣ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٢/٢ ؛ الشربيني / مغني الاختلاج : ٣٢٢/٢ — ٣٢٤ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٥٣٧/٣ .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٨٦/٦ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٨٧/٢ — ١٨٨ ؛ الدردير / الشرح الصغير : ٢٣٩/٢ ؛ النووي / روضة الطالبين : ١٥٦/٥ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٢/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٥٣٧/٣ ، ٥٣٨ .

(٤) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ٨١٦) : ٣١٢/٦ ، (م : ٨١٧) : ٣١٥/٦ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٤٣٩/٣ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ٢٤٥ — ٢٤٦ ؛ الشربيني / مغني الاختلاج : ٢٧٠/٢ — ٢٧١ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٩٢/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام المشروعة (م : ١٢٩٣) : ٤٠٧ .

(٥) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١٤٥٦) : ٥٣٤/١١ — ٥٣٥ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣٨١/٣ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٣ ؛ الشربيني / مغني الاختلاج : ٢٢٣/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٠٠/٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٢٠٤) : ٣٨٧ .

(٦) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٣٣/٥ ؛ ابن حزي / القوانين الفقهية : ١٤٠ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٧٣/٧ .

المطلب الرابع — أقسام العقود بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها .

من العقود ما يصح إضافته إلى الزمن المستقبل ، ومنها ما لا يصح إضافتها إليه ، وهناك طائفة ثالثة من العقود يصح أن تكون مضافة ومنجزة . فالعقود باعتبار قبولها الإضافة وعدمه تنقسم إلى ثلاثة أقسام ، وإليك بيان هذه العقود وما يناسبها من الأحكام .

١— عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها ، وهي العقود التي تأتي بطبيعتها التنجيز ، فلا تعتقد إلا بالإضافة سواء أكانت صيغة العقد تشمل على الإضافة أم لا .

ومنها : الوصية فإنه لا يظهر أثرها إلا بعد وفاة الموصي ؛ لأن الوصية تملك مضاف لما بعد الموت ، فكان وقت ثبوت حكمها هو بعد وفاة الموصي وقبل ذلك لا يترتب عليها أثرها ، وكذلك الايصاء ^(١) .

٢— عقود لا تقبل الإضافة ، وهي العقود التي تفيد تملك الأعيان في الحال مثل البيع وإجازته ، وفسخه ، والقسمة والشركة ، والهبة ، والنكاح ، والرجعة ، والصلح عن مال ، والإبراء من الدين ؛ لأنها تملكيات للحال والأصل فيها أن يتصل الحكم بصيغتها ، فلا تضاف للاستقبال ، لما فيه من القمار .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء ^(٢) .

وذهب المحققون من الخنابلة إلى جواز الإضافة في جميع العقود ، إلا ما ورد النهي الشرعي عن إضافتها إلى المستقبل ؛ لأن الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم دليل على التحريم ، ولأن العقود شرعت لمصلحة الناس ، ومادام كذلك فلهم أن ينشئوا العقود

(١) وهذا هو المستفاد من تعريف الوصية اصطلاحاً .

انظر : الحصري / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٢٥٦/٥ ، ٢٤٨/٦ ؛ التنري / البهجة شرح النحلة : ٣١٠/٢ ؛ ابن رشد / بداية الجتهيد : ٢٥٢/٢ ؛ المنهاجي / جواهر العقود : ٤٤٦/١ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ٢٤٤/٦ ، ٥٩٨ ؛ النسفي / طلبة الطلبة : ٢٤٢ .

(٢) انظر : الحصري / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٢٥٦/٥ — ٢٥٧ ؛ ابن قاضي سماوه / جامع الفصولين : ٧/٢ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ١٠٢/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢٣٩/٢ ، ٤٢٠ ؛ الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه : ٧٨/٢ ؛ قلوبري / حاشية قلوبري على شرح الخلي على المهاج : ٣٠٦/٢ ، ٣٣٢ ، ٣/٤ ؛ البهوني / كشف القناع : ١٩٥/٣ ، ٤٠/٥ ، ٣٤٣ ؛ الحنفيف / أحكام المعاملات الشرعية : ٢٢٨ .

مضافة مادام ذلك يحقق مصلحتهم ، إلا إذا ورد نص من الشارع بالنهي عن ذلك في بعض العقود ، فتكون غير جائزة^(١).

٣- عقود تصح أن تكون مضافة إلى المستقبل ، وتصح أن تكون منجزة ، حسب

صيغة المتعاقد ورغبته . وهذه العقود هي :

أ — عقود تملك المنافع المالية ، كالإجارة والعارية والمزارعة والمساقاة والمضاربة ؛ لأن التملك في هذه العقود لا يكون في الحال ، وإنما الزمن عنصر أساسي فيها ، فهي عقود على المنافع والمنفعة لا توجد دفعة واحدة وإنما توجد شيئا فشيئا ، فناسبت طبيعتها أن تقبل الإضافة .

ب — ومنها : الالتزامات كالكفالة والحوالة ، فإن كلاً منها لا تفيد أثرها في الحال وإنما يظهر أثرها حين دفع المدين الدين .

ج — ومنها : عقود الإطلاقات ، كالوكالة والقضاء فيصح أن تكون منجزة ويصح أن تكون مضافة .

د — ومنها : أيضاً عقود الإسقاطات^(٢) ، كالطلاق والعناق والوقف والخلع من قبل الزوج نفسه دون الزوجة ، فهذه يصح أن تكون مضافة ويصح أن تكون منجزة^(٣) .
وخلاصة القول في ذلك ، أن الإضافة تصح فيما لا يمكن تملكه للحال ، وفيما كان من الإطلاقات والإسقاطات والالتزامات والولايات ، ولا تصح في كل ما أمكن تملكه للحال^(٤).

(١) انظر : إعلام الموقعين : ٣٤٤/١ ، ٣٤٨ — ٣٤٩ .

(٢) عقود الإسقاطات هي : ما يقصد بها إزالة حق من الحقوق ، سواء ببطل ، أم بدون بدل . [انظر : موسى /

الأموال ونظرية العقد : ٤٦٤ ؛ بدران / الشريعة الإسلامية : ٤٩١] .

(٣) انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٢٥٦/٥ ؛ ابن قاضي سمانه / جامع الفصوليين :

٧/٢ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٤٥٦) : ٥٣٤/١١ ؛ حيدر / درر الحكم : ٥٣٥/١١ ؛ ابن قدامة /

الغني على مختصر الخراقي : ٩/٦ ؛ الخفيف / أحكام المعاملات الشرعية : ٢٢٧ — ٢٢٨ .

(٤) انظر : ابن عابدين / رد المختار على الدر المختار : ٢٥٧/٥ .

المطلب الخامس — في الفروق .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول . أوجه الشبه والفرق بين العقد المضاف والعقد الموقوف^(١) :

إن بين العقود المضافة والعقود الموقوفة شبيها وفرقا .

أما وجه الشبه بينهما فهو : أن كلا منهما يوجد عند وجود الصيغة ويتراخى الحكم عن الصيغة في كليهما^(٢) .

وأما الفرق فمن ثلاثة أوجه ، نُبيّنها من خلال الجدول التالي :

العقد الموقوف	العقد المضاف
— أما تأخر ترتب الحكم في العقد للموقوف فمرجه إلى صدره ممن لا ولاية له .	الأول : إن تأخر ترتب الحكم عن الصيغة في العقد المضاف ، نشأ من الصيغة نفسها ؛ لأن الإيجاب فيها مضاف إلى زمن مستقبل .
— أما في العقد الموقوف فالحكم ينفذ بعد الإجازة ممن له الولاية مستندا إلى وقت صدور العقد .	الثاني ^(٣) : الحكم في العقد المضاف لا يثبت إلا عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الحكم .
— أما العقد الموقوف فهو متردد بين النفاذ وعدمه ، فينفذ بعد الإجازة ممن له الولاية مستندا إلى وقت صدور العقد ويرد عند عدم الإجازة ممن له الولاية .	الثالث : العقد المضاف مادام صحيحا فإنه يترتب عليه أثره في الوقت الذي أضيف إليه .

(١) راجع ما تقدم في تعريف العقد الموقوف وحكمه ، وكذا العقد المضاف وحكمه ، ص : ١٦٨-١٧٠ ، ٢١٦ .

(٢) انظر : البحاري / التوضيح على التقيح : ١٣٢/٢ — ١٣٣ ؛ التفازاني / الطلوع على التوضيح : ١٣٢/٢

(٣) انظر : البحاري / التوضيح على التقيح : ١٣٣/٢ ؛ التفازاني / الطلوع على التوضيح : ١٣٢/٢ — ١٣٣

الفرع الثاني . الفرق بين العقد المؤقت والمضاف :

إن العقد المؤقت يثبت حكمه في الحال وينتهي في وقت معين كما سبق ، بخلاف العقد المضاف فإن حكمه لا يثبت إلا بمجيء الوقت الذي أضيف إليه ، فالإضافة تؤخر ترتب الحكم على السبب إلى الوقت الذي أضيف إليه السبب .

الفرع الثالث . الفرق بين العقد المؤقت والمنجز :

إن العقد المؤقت بمقتضى المنجز من حيث إن حكمه يترتب عليه حال انعقاده ، إلا أنه ينتهي في وقت مُعَيَّن خلافاً للعقد المنجز فليس له وقت مُعَيَّن ينتهي إليه ، وتبقى آثاره التي تمت قبل حلول الأجل صحيحة ومعتبرة .



المبحث الثالث — العقد المعلق ، وحكمه .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول — تعريف العقد المعلق .

أولاً . التعليق في اللغة :

يقال : علق الشيء بالشيء ، وعليه تعليقاً ، ناطه به ^(١) .

ثانياً . التعليق في اصطلاح الفقهاء .

التعليق في اصطلاح الفقهاء هو " ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى " ^(٢) .

شرح التعريف :

— قولهم (ربط) : المراد به الربط المعنوي .

— قولهم (حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى) : المراد بالجملة الأولى جملة الجزاء ، وبالثانية جملة الشرط ، وبالمضمون ما تضمنته الجملة من المعنى ، فهو مثل قولك : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ربط حصول طلاقها بدخولها الدار وإلا فلا ^(٣) .

وهذا التعريف يشمل العقد المعلق وغيره من التصرفات .

ويمكن تعريف العقد المعلق بأنه : ما رتب وجوده على وجود شيء آخر محتمل الوجود في المستقبل .

ومثاله : قول إنسان لآخر إذا سافر وكيلى فلان فأنت وكيلى بدلا عنه . ففي هذه الحالة لا يكون ذلك الشخص وكيلا إلا إذا سافر الوكيل الأول . ففي المثال المذكور قد رتب للتكلم الوكالة للثاني على سفر الوكيل الأول .
وإذا فالعقد المعلق عكس المنجز الذي تترتب عليه آثاره حال انعقاده ، فالنسبة بينهما التضاد .

(١) انظر (م : علق) : ابن منظور / لسان العرب : (٢٦١/١٠) .

(٢) المحصن / الدر المختار : ٣٤١/٣ ؛ ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٦٧ ؛ الكفوي / الكلبيات : ٥/٢ .

(٣) ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار (بتصرف) : ٣٤١/٣ .

المطلب الثاني — حكم العقد المعلق .

العقد المعلق بالشرط كالعقد المنجز عند وجود الشرط الذي عُلّق عليه وإنما يُعرف الشرط بصيغته أو بدلالته ، كقول زيد لعمرو : إن أقرضت محمد فأنا كفيhle ، ففي هذه الحالة لا يكون زيد كفيلاً لمحمد إلا إذا أقرضه عمرو ؛ لأن العقد المعلق على شرط لا يوجد إلا بوجود الشرط الذي عُلّق عليه ^(١) .

واختلف العلماء هل التعليق بالشرط مانع من الانعقاد فلا ينعقد المعلق سبباً للحكم إلا عند وجود الشرط ، أم أنه مؤخر لحكم العقد إلى زمان وجود الشرط ^(٢) ، على قولين :
القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن التعليق بالشرط يمنع من الانعقاد ، فلا ينعقد المعلق سبباً للحكم إلا عند وجود الشرط ؛ لأن " تأثير التعليق في منع السبب من الانعقاد لا في حكمه فكان امتناع الحكم لعدم سببه لا لمنع التعليق إياه قصداً " ^(٣) ، ولهم في بيان ذلك طريقتان :

أحدهما : أن المعلق قبل وجود الشرط الذي عُلّق عليه بمنزلة جزء السبب ، بيانه أن الشرط والجزاء كلام واحد ، فإن من قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فالمشروط وهو قولنا : أنت طالق ، إذا أخذ مجرداً عن الشرط وهو ((إن دخلت الدار)) ، فهو بمنزلة أنت في أنت طالق ؛ لأنه ليس بكلام بل مجموع الشرط والجزاء كلام واحد ، ولأن جزء السبب ليس بسبب ^(٤) .

الثاني : " أن التعليق مانع للمعلق من الوصول إلى الخلل والأسباب الشرعية لا تصير أسباباً قبل الوصول إلى الخلل ؛ لأنها عبارة عما يكون طريقاً إلى الشيء ومفضياً إليه ، فكما لا يكون شطر البيع علة للبيع لعدم التملك ، كذلك بيع الحر لعدم الوصول إلى الخلل " ^(٥) .

(١) انظر : منلا خسرو / مرآة الأصول : ٤٠٦/٢ ؛ البدخشي / شرح البدخشي : ٤٣٣/١ ؛ الخبازي / المغني في أصول الفقه : ٣٤٦ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ٨٢) : ٧٢/١ .

(٢) انظر : منلا خسرو / مرآة الأصول : ١٦٠/٢ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٢٩/٢ .

(٣) البخاري / كشف الأسرار : ٥٠٢/٢ . وانظر : ابن نجيم / فتح الغفار : ٥٥/٢ ؛ الأزميري / حاشية الأزميري على مرآة الأصول : ١٥٧/٢ .

(٤) انظر : الفتازاني / الطلوع على التوضيح : ١٤٧/١ ؛ البخاري / التوضيح على التقيح : ١٤٦/١ .

(٥) الفتازاني / الطلوع على التوضيح : ١٤٧/١ . وانظر : منلا خسرو / مرآة الأصول : ١٥٧/٢ .

فقد علق طلاقها بشرط دخولها الدار ، وقصد التطبيق عند وجود الشرط لا في الحال ، فلم يكن السبب موجوداً قبل وجود الشرط ، ذلك أنه جعل قوله : أنت طالق جزءاً دخوله الدار والجزاء عند أهل اللغة يتعلّق وجوده بوجود الشرط . وحاصل القول أنه لما جعل التطبيق جزءاً دخول الدار كان التطبيق معدوماً قبل وجود الشرط ، فيكون عدم الحكم بناءً على العدم الأصلي الذي كان قبل التعليق لا على عدم الشرط^(١).

القول الثاني : ذهب الشافعية إلى أن التعليق بالشرط غير مانع من الانعقاد ، وإنما أثره تأخير ثبوت الحكم إلى وقت وجود الشرط الذي عُلّق عليه فكان عدم وجود الحكم مضافاً إلى عدم وجود الشرط ، فالتعليق مؤثر في الحكم دون السبب .

وإذا فالتعليق بالشرط قيد الحكم بتقدير مُعَيَّن وأعدم الحكم على غيره من التقادير ففسي قول الرجل لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق أو أنت طالق إن دخلت الدار . فتعليق طلاقها على دخول الدار غير مؤثر في الطلاق ، وإنما في حكمه بمنعه من الثبوت في الحال ، فإنه لولا التعليق لكان الحكم ثابتاً في الحال . فقوله : أنت طالق ثابت مع الشرط وبدونه وهو علة تامة بنفسه ، إلا أنه سبب للحكم ، وتأثير التعليق في تأخير الحكم لا في منع السببية ، فلا يثبت حكمه لوجود الشرط المعلق عليه^(٢).

وإذا فآثر التعليق في منع الحكم دون السبب ، بمنزلة التأجيل والإضافة بمنزلة شرط الخيار في البيع ، " فالبيع بشرط الخيار ، ينعقد سبباً لنقل الملك في الحال ، وإنما يظهر تأخير الشرط في تأثير [تأخير] حكم السبب ، وهو اللزوم الذي لولا دخول الشرط لثبت " ^(٣) .
فالتعلق بالشرط مُعَيَّر للحكم بعد وجود سببه فكان مانعاً من ثبوت الحكم قبل وجود الشرط مع وجود الموجب كما كان مثبتاً وجود الحكم عند وجود الشرط^(٤).

(١) انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٤٩٩ / ٢ ، ٥٠٢ .

(٢) انظر : البخاري / التوضيح على التقيح : ١٤٦ / ١ ؛ التفازاني / الطلويح على التوضيح : ١٤٦ / ١ ؛ البخاري / كشف الأسرار : ٤٩٩ / ٢ — ٥٠٠ ، مثلاً خسرو / مرآة الأصول : ١٥٨ / ٢ — ١٥٩ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٢٧ / ٢ .

(٣) ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٣ / ٢ .

(٤) البخاري / كشف الأسرار (بتصرف) : ٤٩٩ / ٢ — ٥٠٠ .

المناقشة :

أولاً . مناقشة الحنفية :

ناقش الشافعية الحنفية فيما استدلوا به على صحة مذهبهم بأن التعليق بالشرط يمنع من الانعقاد ، فلا يُنقَد المعلق سبباً للحكم إلا عند وجود الشرط ، بما يلي :

أعترض على قولهم : إن المعلق قبل وجود الشرط الذي عُلِّق عليه بمثالة جزء السبب ، وجزء السبب لا يكون سبباً ، بأن الإضافة أيضاً ينبغي أن تكون مانعة لما ذكرتم مثل : أنتِ طالق غدا .

وأجيب : بأن التعليق يمين وهي لتحقيق البر وفيه إعدام لموجب المعلق لا وجوده ، فلا يكون المعلق مفصلاً إلى وجود الحكم ، فكان مانعاً له . بخلاف الإضافة فإنها تثبت الحكم بالإيجاب في وقته لا لمنع الحكم ، فيتحقق السبب لوجوده حقيقة من غير مانع إذ الزمان من لوازم الوقوع ، فيكون ذكر لفظ الغد في ((أنتِ طالق غدا)) مثلاً لتعيين زمان الوقوع لا لمنعه^(١).

أما قولهم : " إن التعليق مانع للمعلق من الوصول إلى المحل والأسباب الشرعية لا تصير أسباباً قبل الوصول إلى المحل ؛ لأنها عبارة عما يكون طريقاً إلى الشيء ومفصلاً إليه ، فكما لا يكون شطر البيع علة للبيع لعدم التملك كذلك بيع الحر لعدم الوصول إلى المحل " ، فيعترض عليه : بأنه " ما لم يصل إلى المحل كان ينبغي أن يلغو كما إذا قال لأجنبية : أنتِ طالق " ^(٢).

وأجيب : بأنه لما كان مرجو الوصول بوجود الشرط واختلال التعليق جعل كلاماً صحيحاً له عرضية أن يصير سبباً كشرط البيع ، فلو عُلِّق على شرط لا يُرجى الوقوف على وجوده لغا مثل : أنتِ طالق إن شاء الله ^(٣).

(١) انظر : الفتاوي / التلويح على التوضيح : ١٤٧/١ ؛ مثلاً خسرو / مرآة الأصول : ١٥٩/٢ ، ٤١٦ ؛ الأزميري / حاشية الأزميري على مرآة الأصول : ١٦٠/٢ .

(٢) الفتاوي / التلويح على التوضيح : ١٤٧/١ — ١٤٨ . وانظر : مثلاً خسرو / مرآة الأصول : ٤١٦/٢ .

(٣) الفتاوي / التلويح على التوضيح (بتصرف) : ١٤٨/١ . وانظر : مثلاً خسرو / مرآة الأصول : ١٥٧/٢ .

ثانياً . مناقشة الشافعية :

ناقش الحنفية الشافعية فيما استدلوا به على صحة مذهبهم من أن التعليق بالشرط غير مانع من الانعقاد ، وإنما أثره تأخير ثبوت الحكم إلى وقت وجود الشرط الذي عُلق عليه ، بما يلي :

أما قياسهم تعليق الطلاق بدخول الدار على شرط الخيار في البيع ، بأن قوله : أنت طالق ثابت مع الشرط وبدونه وهو علة تامة بنفسه ، فلا وجه لجعله معدوماً بالتعليق فيتأخر حكمه وهو وقوع الطلاق لوجود الشرط المعلق عليه ، كشرط الخيار في البيع فإنه يدخل على الحكم وهو لزوم العقد دون السبب وهو انتقال الملك ، فيوجب نفي الحكم قبل وجود الشرط .

فالجواب عنه من وجهين :

الأول : نحن لا نجعل قوله : ((أنت طالق)) معدوماً بل نجعل التعليق مانعاً من وصول الحكم إلى المحل ، وعدم وصوله للمحل مانعاً من انعقاده علة ؛ لأن العلة الشرعية لا تصير علة قبل وصولها إلى محلها كما لا يصير علة قبل تمامها . ألا ترى أن شطر البيع كما لا يكون علة لعدم تمام الركن لا يكون بيع الحر سبباً أيضاً لعدم إضافته إلى المحل ؟

وكما لا يكون قوله : ((أنت)) سبباً للطلاق قبل قوله ((طالق)) فكذلك إذا أضيف قوله : أنت طالق إلى ميتة أو بهيمة أو أجنبية لا يكون سبباً ؛ لعدم المحل . فدخول التعليق على قوله : أنت طالق منعه من الوصول إلى المحل كالتعديل المعلق لا يكون واصلاً إلى الأرض^(١) .

الثاني : أن " الاتصال الشرعي يعرف تأثيره ولم يثبت شيء من أحكام الطلاق فكيف يكون واصلاً " ^(٢) .

الترجيح :

لقد تأملت هذه المسألة وأعملت فيها فكري فلم انته إلى تحديد القول الراجح فيها ، فهو أمر يصعب تقريره وخاصة أن هذه المسألة أصل عظيم في الخلافات ، يبنى عليها كثير

(١) انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٥٠٣/٢ ؛ الأزميري / حاشية الأزميري على مراة الأصول : ١٥٨/٢

(٢) البخاري / كشف الأسرار : ٥٠٣/٢ .

من المسائل المهمة ويختلف الترجيح في هذه المسائل بناء على الأدلة ، لذا آثرت التوقف في أصل الخلاف .

ثمة الخلاف :

تظهر ثمة الخلاف بين الحنفية ، والشافعية في حكم التعليق بالشرط هل هو مانع من الانعقاد أو مؤخر لحكم العقد إلى زمان وجود الشرط في مسائل .

منها : تعليق الطلاق والعق بالملك ، ومن صورها من قال لأجنبيّة : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو قال : إن اشتريت عبداً فهو حر ، أو قال لعبد الغير : إن ملكتك أو اشتريتك فأنت حر .

فيجوز عند الحنفية تعليق الطلاق والعق بالملك ، وكذلك كل التصرفات الشرعية التي تقبل التعليق يصح تعليقها بالملك ، كالنكاح والخلع والرهن ونحوها ؛ لأن الملك مُتَحَقِّقٌ في المحل عند وجود السبب ^(١) . وأبطل الشافعي — رحمه الله — تعليق الطلاق والعق بالملك ، فلو قال لأجنبيّة : إن دخلت الدار فأنت طالق ، لا تُطَلَّقُ وإن دخلت وهي زوجة ؛ لأن التطبيق المعلق سبب وقوع الطلاق ، والتعليق أثره في تأخير حكمه إلى وجود الشرط الذي عُلق عليه ، فلما انتفى وجود الملك في المحل عند وجود السبب ، بطل التعليق ؛ لأن وجود الملك عند وجود السبب شرط لانعقاده ، ليكون السبب مفضياً إلى الحكم عند تحقق الشرط الذي عُلق عليه .

فيشترط قيام الملك في المحل ثم يتأخر الحكم إلى وجود الشرط الذي عُلق عليه ، وكذلك العتق ^(٢) .

(١) انظر : حاشية الأزميري على مرآة الأصول : ١٥٩/٢ .

(٢) انظر : من لا يحضره / مرآة الأصول : ١٥٨/٢ ، ٤١٦ ؛ البخاري / كشف الأسرار : ٢ / ٥٠٠ ؛ البخاري / التوضيح على تنقيح : ١٤٦/١ ، ١٤٨ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٢٩/٢ — ٣٢ ؛ الزركشي / المنثور : ٢١١/٣ .

ونقل الأزميري في حاشيته على مرآة الأصول : ١٥٩/٢ : مخالفة الإمام مالك لأبي حنيفة والشافعي في هذه المسألة فلا يجوز عند مالك تعليق الطلاق بالملك عموماً ، نحو : كل امرأة أتزوجها طالق لا يجوز . وإن خصص ببلد أو قبيلة بأن قال : كل امرأة من مصر أو من بني تميم أو كل بكر أو ثيب طالق حاز ؛ لأن في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يجوز .

والتحقيق مرافقة الإمام مالك للحنفية في جواز تعليق الطلاق بالملك . [انظر : الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢ / ٣٧٠] .

ومنها : خيار الشرط هل يُورَثُ أم لا ؟ على قولين :

فمذهب الحنفية أن خيار الشرط لا يورث ؛ لأنه صفة حسنة تقوم بالمختار والثابت به يشبه نقل الملك واستيفائه وهي صفة من صفاته تفوت بفواته .

وقال الشافعية : يجوز توريث خيار الشرط ؛ لأن الملك حاصل ، والثابت بالخيار هو حق فسخ العقد أو إمضائه ، وهو حق شرعي يمكن انتقاله إلى السوارث كما في الرد بالعيب ^(١).

ومنها : تعجيل النذر المعلق أي المنذور المالي بأن قال : لله عليّ أن أتصدق بعشرة دراهم إن فعلت كذا ، فتصدق بما عن النذر قبل وجود الشرط . فهل يجوز أم لا ؟ على قولين بناء على ما ذكرنا من اختلاف العلماء في أثر التعليق هل يمنع الانعقاد أم يؤخر الحكم إلى زمان وجود الشرط الذي علّق عليه ؟

فعند الحنفية لا يجوز تعجيل النذر المعلق ؛ لأن التعجيل قبل السبب لا يجوز بالاتفاق ، والسبب إنما يصير سبباً عند وجود الشرط في باب النذر .

أما الإمام الشافعي — رحمه الله — فجوّز تعجيل النذر المعلق ؛ لأن التعجيل بعد وجود السبب وقبل وجوب الأداء صحيح ، قياساً على تعجيل الزكاة قبل الحلول إذا وجد النصاب ، فقوله : لله عليّ أن أتصدق بعشرة ، انعقد سبباً تاماً لإيجاب العشرة في الحال ، غاية الأمر أن وجود الشرط أخر وجوب الأداء إلى زمان وجوده فإذا أدّى قبل وجود الشرط كان الأداء واقعاً بعد وجود السبب الموجب فيجوز ^(٢) .

ومنها : التكفير قبل الحنث ، لا يجوز عند الحنفية لا بالمال ولا بالصوم ؛ لأن اليمين معلقة بالشرط ، وهو الحنث ، فلا ينعقد سبباً في حق الكفارة حتى يوجد الحنث . وعند الشافعية يجوز التكفير قبل الحنث لانعقاد سببه ^(٣) .

(١) انظر : ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٣/٢ .

(٢) البخاري / كشف الأسرار : ٥٠٠ / ٢ ؛ الأزميري / حاشية الأزميري على مرآة الأصول : ١٥٩/٢ —

١٦٠ .

(٣) انظر : منلا خسرو / مرآة الأصول : ٤١٦/٢ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٤/٢ .

المطلب الثالث — شروط صحة التعليق .

١— كون الشرط المعلق عليه معدوماً على خطر الوجود ، أي متردداً بين الوجود وعدمه .

فإن كان المعلق عليه موجوداً وقت التعليق كان التعليق صحيحاً وكان العقد منجزاً ، فالتعليق بكائن تنجيز ، وحكم هذا العقد الذي هو منجز حقيقة ومعلق صورة ، أنه يترتب عليه حكمه في الحال كالعقد المنجز صورة وحقيقة ، ومثاله : لو قال الدائن للمدين : إن كان لي عليك دين فقد أبرأتك ، وكان له عليه دين برئ منه ؛ لأن التعليق بكائن تنجيز . وكذا لو قال الواهب للموهوب له : إن نجح ابني في الامتحان فقد وهبتك هذه الأرض ، وكان ابنه وقت أن قال ذلك ناجحاً بالفعل ، انعقدت الهبة . وإن كان المعلق عليه مستحيل الوجود كان العقد باطلاً لا يترتب عليه شيء ، ويكون الغرض من تعليقه إيدان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد .

وعلى هذا فالعقد المعلق الحقيقي هو ما كان التعليق فيه على أمر يُتَوَقَّع ويُنتَظَر حصوله في المستقبل ^(١).

٢— وجود رابط — كالفاء وإذا الفجائية — حيث كان الجزء مؤخراً وإلا يتنجز ^(٢).

٣— عدم فاصل أجني بين الشرط وهو المعلق ، والجزء وهو المعلق عليه ^(٣).

٤— كون المعلق عليه أمراً يُرجى الوقوف على وجوده ؛ لأن تعليق التصرف على أمر غير معلوم لا يصح . فمن قال لامراته : أنت طالق إن شاء الله ، وقع الطلاق في الحال ؛ لأنه ليس تعليقاً ^(٤).

(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٦٧ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ٧٥/٤ ؛ الحيازي / المغني في أصول الفقه : ٣٤٩ ؛ الكفري / الكليات : ٥/٢ .

(٢) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٦٧ ؛ الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٣٤٤/٣ .

(٣) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٦٧ ؛ الزركشي / البحر اخیط : ٣٣٤/٣ ؛ الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٣٤٣/٣ .

(٤) انظر : الزيلعي / تبين الحقائق : ٢٤٣/٢ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ٢٤٣/١ ؛ ٢٤٤ ؛ قليوبي / حاشية قليوبي على شرح الخلي على المهاج : ٣٤٢/٣ ؛ عميرة / حاشية عميرة على شرح الخلي على المهاج : ٣٤٢/٣ ؛ المرداوي / الإنصاف : ١٠٤/٩ .

٥ — الشرط إنما يتعلّق بالأُمور المستقبلية أما الماضية ، فلا مدخل له فيها ، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط ، لأنه خبر عن ماضٍ ^(١) .

٦ — ألا يقصد بالتعليق المجازة ، فلو سبّته بما يؤذيه فقال : إن كنتُ كما قلتُ فأنت طالق ، تنجز الطلاق سواء أكان الزوج كما قالت أم لم يكن ؛ لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها بالطلاق ^(٢) .

٧ — أن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكا للتنجيز أي قادرا على التنجيز وهذا الأمر فيه خلاف تقدّمت الإشارة إليه في المطلب السابق ^(٣) .

المطلب الرابع — أقسام العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدم قبولها .

بيّن الفقهاء رحمهم الله العقود والتصرفات التي يجوز تعليقها بالشرط ، والتي لا يجوز ، وتفصيل ما جاء في هذه المسألة عند فقهاء المذاهب كما يلي ^(٤) :

أولا . عند الحنفية ^(٥) :

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى ثلاثة أقسام هي :

الأول — عقود لا تقبل التعليق وتفسد به ، وهي :

١ — عقود التمليكات ، وتشمل :

^(١) السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣٧٦ ؛ الزركشي / البحر ابيض : ٣٣٠/٣ .

^(٢) انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٣٤٣/٣ .

^(٣) انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٣٤٤/٣ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٣٧٠/٢ ؛ الحرشي / الحرشي على مختصر خليل : ٣٦/٤ — ٣٧ ؛ الزركشي / المنشور في القواعد : ٢١١/٣ .

^(٤) تنبيه : أذكر في هذه المسألة ما جاء عند المذاهب الفقهية من القواعد والضوابط دون تفصيل الاختلافات في الفروع ، إلا أنني قد أشير في بعض المواضع للمستنبات ولل فروع الفقهية واختلاف فقهاء المذهب فيها للتوضيح حسب ما يقتضيه المقام .

^(٥) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٦٧ — ٣٦٨ ؛ الحموي / غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٤١/٤ — ٤٥ ؛ الحصكفي / الدر المختار وابن عابدين عليه : ٢٤٠/٥ — ٢٤٨ ، ٢٥٤ — ٢٥٥ ؛ ابن قاضي سماره / جامع الفصولين : ٢/٢ — ٦ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه المسماة منحة الخائف على البحر الرائق : ١٩٤/٦ — ٢٠٨ .

أ — التمليكات المالية ، ماعدا الوصية ، سواء أكانت واردة على الأعيان كالبيع^(١) والإبراء عن الدين^(٢) ، أم على المنافع كالإجارة^(٣) والمزارعة والمساقاة والإعارة . بطريق المعاوضة كالبيع وغيره من عقود المعاوضات ، أم بطريق التبرع كالمبة^(٤) والصدقة ، لا يصح تعليقها على شرط متردد بين الوجود والعدم ؛ لاستقرار المعاملات ، ولأن في التعليق معنى القمار إذ التعليق يجعل العقد محتملا للوجود والعدم ، ويحدث خلخلة في الرضا الذي تعتمد عليه العقود .

ب — المبادلات غير المالية أي ما كان مبادلة مال بغير مال ، كالتكاح والخلع على مال ، لا يصح تعليقهما على شرط ؛ لأنه لا بد من تحقق أثرها في الحال ، إلا إذا علقهما بشرط علم للحال فيجوز ؛ لأن التعليق بشرط كائن تنجيز^(٥) .

ج — التقيدبات ، كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له في التجارة .

(١) إلا في صورة واحدة وهو أن يقول : بعث منك هذا إن رضي فلان به ، فيجوز إذا وقته بثلاثة أيام ؛ لأنه اشتراط الخيار إلى אחني وهو جائز . [انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ١٩٥/٦] .

(٢) " قيد بالدين لأن الإبراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله إن وافيت به غدا فانت بريء فوافاه به ، بريء من المال . وهو قول البعض وإجتهاره في فتح القدير وقال أنه الأوجه معللا بأنه إسقاط لا تمليك " [ابن نجيم / البحر الرائق : ١٩٧/٦] .

ويستثنى من عدم صحة تعليق الإبراء عن الدين ما إذا علقه بموت الدائن ولم يكن المدين وارثا ، أو علقه بأمر كائن أو بشرط متعارف عليه ، فيصح . وذكر ابن نجيم مسائل من الفروع بعضها يصح فيها تعليق الإبراء وأخرى لا يصح فيها تعليقه ، وبين — رحمه الله — أن المسائل التي قالوا فيها بصحة التعليق لأنها علقت على شرط متعارف عليه ، وما قالوا فيها بعدم صحة التعليق لأنها علقت على شرط غير متعارف عليه . [انظر : ابن نجيم / البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه : ١٩٧/٦ — ١٩٩] .

(٣) " ويستثنى من إطلاق قولهم لا يصح تعليقها بالشرط ما صرحوا به في الإجازات لو قال لعاصب داره فرغها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغها وجب المسمى مع أنه تعليق بعدم التفرغ " . [ابن نجيم / البحر الرائق : ١٩٦/٦] .

(٤) قال ابن نجيم : " وتعليق المبة بأن باطل وبعلى إن كان ملائما كهنته على أن يعوضه يجوز وإن مخالفها بطل الشرط وصحت المبة " [ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٠٨/٦ . وانظر : ابن قاضي سماوة / جامع الفصولين : ٥/٢ ؛ المحصني / الدر المختار وابن عابدين عليه : ٢٥٥/٥] .

(٥) انظر : ابن قاضي سماوة / جامع الفصولين : ٢/٢] .

د — الإقرار ، لا يصح تعليقه بالشرط ، فلو قال لفلان علي كذا إن أقرضني كذا أو إن جاء فلان ، فلا يصح ؛ لأنه ليس مما يحلف به عادة .

بخلاف ما إذا علقه بموته أو بمجيء الوقت ، فإنه يجوز ، ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الأجل ، فيلزمه للحال ^(١) .

هـ — الإقالة ، لا يصح تعليقها .

الثاني — عقود يصح فيها التعليق بالشرط الملائم وغير الملائم ^(٢) ، وهي :

أ — الإسقاطات المحضة ^(٣) ، كالطلاق والعنق والتنازل عن حق الشفعة .

ب — الوكالة والوصية والإيضاء .

ج — الالتزامات التي يراد منها تقوية إرادة الملتزم ، كالنذر واليمين .

الثالث — عقود يصح فيها التعليق بالشرط الملائم فقط ، وهي :

أ — الالتزامات التي لا يحلف بها ، كالكفالة والحوالة .

ب — الإطلاقات ، كالإذن للصبي بالتجارة .

ج — الولايات ، كالقضاء والإمارة .

وها هنا قاعدتان ينبغي ذكرهما :

القاعدة الأولى : كل ما لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقفا لا يصح تعليق إجازته

بالشرط حتى النكاح ، لأن التعليق يبطل الإجازة اعتبارا بابتداء العقد ^(٤) .

ومن صورها : لو باع فضولي داره فقال : لو زاد فلان في الثمن فقد أجزت ، أو

علقها بشرط آخر نحو لو وهبتي أو أقرضتي ، بطلت الإجازة .

(١) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٠١/٦ ؛ الحصري / الدر المختار وابن عابدين عليه : ٢٤٨/٥ .

(٢) الشروط الملائم هو : ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، عرفاً أو شريعاً ، بأن يكون أساساً لوجوده أو سبباً لثبوت الحق ، مثل : إن أقرضت فلانا فأنا كفيله ، أو إن لم أدفع دينك بعد شهر فقد أحلتك به على فلان ، وإن أحسنت التجارة فقد أدنت لك بها .

أما الشرط غير الملائم فهو : ما لا فائدة فيه أو مالا يظهر فيه غرض صحيح فيعد نوعاً من العبث والغرل ، نحو قولك إن نزل المطر فقد كفلت فلانا . [انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٢٤١/٥]

(٣) تقييد الإسقاطات بالمحضة ، احترازاً عن الإبراء فإنه وإن كان إسقاطاً لكنه تمليك من وجه فهو من التمليكات ، فلا يصح تعليقه . [ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار (بنصرف) : ٢٤١/٥]

(٤) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ١٩٦/٦ ؛ ابن قاضي سماره / جامع الفصولين : ٣/٢ .

ومنها : لو زوج ابنته البالغة بلا رضاها قبلها الخير فقالت : أجزت إن رضيت أمي ، بطلت الإجازة ^(١).

القاعدة الثانية : ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة ويبطل الشرط . كالطلاق والعنق والحوالة والكفالة ، فلو علقت على شرط فاسد ، فلا يبطل العقد وإنما يبطل الشرط الفاسد الذي علق عليه ^(٢).

ثانيا . عند المالكية :

ذكر الإمام القرافي ^(٣) رحمه الله في الفرق بين قاعدة قبول الشرط وبين قاعدة قبول التعليق على الشرط أنه لا يلزم من قبول التعليق قبول الشرط ، ولا من قبول الشرط قبول التعليق ثم ذكر — رحمه الله — أن الحقائق الشرعية أربعة أقسام :

الأول : ما يقبل الشرط والتعليق عليه .

الثاني : ما لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه .

الثالث : ما يقبل الشرط دون التعليق عليه .

الرابع : ما لا يقبل الشرط ويقبل التعليق عليه .

ثم قال : " وهذه الأقسام الأربعة في هاتين القاعدتين يدور عليها التصرفات في الشريعة " ^(٤) . ومن خلال بيانه لكل قسم من هذه الأقسام بالتمثيل يمكن استخلاص ما يقبل التعليق من العقود وما لا يقبله عند المالكية فنقول :

العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدم قبولها عند المالكية على النحو التالي :

(١) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ١٩٦/٦ .

(٢) انظر : ابن قاضي سناوه / جامع الفصولين : ٤/٢ ؛ ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٦٨ .

(٣) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن شهاب الدين الصنهاجي القرافي (٦٨٤هـ -) : أبو العباس ، أحد أعلام فقهاء المالكية المشهورين ، كان إماما بارعا في الفقه ، والأصول والعلوم العقلية ، وله معرفة بالتفسير . من مصنفاته : (الذخيرة) في فقه المالكية ، و (التنقيح) في أصول الفقه وهو مقدمة كتاب الذخيرة ، وشرحها في الأصول ، و (الخصائص) في قواعد اللغة العربية .

[انظر : ابن فرحون / الديباج المذهب : ٢٣٦-٢٣٩ ؛ مخلوف / شجرة النور الزكية في طبقات المالكية : (١٨٨) ؛ الزركلي / الأعلام : (٩٤/١ - ٩٥)] .

(٤) الفروق : ٢٢٩/١ .

أولاً : عقود لا تقبل التعليق وهي : عقود التملكيات ، كالبيع والإجارة ونحوهما ، فلا يصح أن يقال إن قدم زيد فقد بعته ، أو أجزمتك ؛ لأن انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق فإن الشرط المعلق عليه قد يحصل وقد لا يحصل وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ، ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده فلو حظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد ^(١) .

ثانياً : عقود تقبل التعليق وهي : الإسقاطات التي يخلف بها ، كالطلاق والعنق ونحوهما بأن يقول : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو أنت حر ، فلا ينجز طلاق ولا عتق الآن بل حتى يقع الشرط . وأيضا الالتزامات التي يراد منها تقوية إرادة الملتزم ، كالنذر واليمين ، فنقول : إن قدم زيد فعلي صوم شهر أو صلاة مائة ركعة ونحوها .

ثالثاً - عند الشافعية :

قاعدة ذلك عند الشافعية هي : أن العقود بالنسبة لقبولها التعليق وعدمه على مرتبتين أساسيتين :

إحدهما : عقود التملكيات المحضة ، لا مدخل للتعليق فيها قطعاً ، كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يخل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » ^(٢) ، ولأن نقل المالك يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق ^(٣) .

ويستثنى من ذلك عقد الوصية والايضاء ، فيجوز تعليقهما ^(٤) .

^(١) القرافي / الفروق (بنصرف) : ٢٢٩/١ .

* ذكر الشيخ محمد سلام مذكور في كتابه المدخل للفقهاء الإسلامي : (٦١١) : أن الإمام مالك رحمه الله أحل تعليق عقود التبرعات كالهبة والهدية والصدقة ؛ لعدم الضرر ، فالمتبرع له إن لم يستفد على احتمال عدم وجود المعلق عليه فإنه لن يفسد أيضاً . فإن قال أعيرك كتابي هذا إن جاءني كتاب آخر ، أو وهبتك بيتي هذا إن بنيت مغزلاً آخر في هذه الأرض ، فإن المتبرع له لا ضرر عليه على أية حال .

غير أني لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب المذهب هذا القول عن الإمام مالك رحمه الله ، كما أن علة منعه تعليق التملكيات التي ذكرها القرافي تقتضي العموم .

^(٢) تقدم تحريجه ، ص : ٩ .

^(٣) انظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٧٤/١ .

^(٤) انظر : النووي / روضة الطالبين : ٣١٤/٦ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٧١/١ — ٣٧٢ .

فلو قال : إذا مت أوصيت إليك ، أو إذا مت ففلان وصيي ، أو فقد أوصيت إليه جاز ، وكذا لو قال : إن رزقت كذا أو سلمت من سفري ، فقد أوصيت بثلك مالي ^(١).

وأجاز بعض الشافعية تعليق البيع في بعض صوره :

الأولى : كقول البائع للمشتري : بعتك إن شئت .

الثانية : كقول البائع للمشتري : إن كان ملكي ، فقد بعته .

ومنه مسألة اختلاف الوكيل والموكل ، فيقول : إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتهما

لها .

الثالثة : مسألة البيع الضمني : كأعنت عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر ^(٢).

وهنا قاعدة ينبغي ذكرها :

قاعدة : " كل عقد فيه عوض علق بصفة لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة ففسد

بالتعليق " ^(٣) ، إلا فيما استثنى .

ثانيهما : ما كان حلا محضا ، يقبل التعليق قطعا .

ومنه : عقود الإسقاطات المحضة ، كالطلاق والعق ، تقبل التعليق قطعا .

وبين المرتبتين السابقتين مراتب يجري فيها الخلاف لتردها بين المرتبتين ، كالفسخ

والإبراء ؛ لأنهما يشبهان التمليك ، وكذلك الوقف فيه شائبة للمعاوضة بدليل وجوب قبوله

من المعين ، وفيه شبه يسير بالعق فكل منهما إخراج عن الملك بلا عوض .

وأما التعليق في الجعالة والخلع ونحوهما ؛ فلأنه التزام يشبه النذر وإن ترتب عليه ملك ،

وفي الخلع معنى للمعاوضة ومعنى الطلاق ^(٤).

^(١) انظر : الزركشي / المنشور في القواعد : ٣٧١/١ — ٣٧٢ .

^(٢) السيوطي / الأشباه والنظائر (بصرف) : ٣٧٧ . وانظر : الزركشي / المنشور في القواعد : ١٤/٣ .

^(٣) ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٢٨٩/١ .

^(٤) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٣٧٦ — ٣٧٧ ؛ الزركشي / المنشور في القواعد : ٣٧٠/١ ، ٣٧٤ —

٣٧٥ ، ٣٧٧ ؛ ابن السبكي / الأشباه والنظائر : ٣٧٧/١ ، ٣٧٩ ؛ النووي / روضة الطالبين :

١١٤/٨ — ١١٥ .

فائدة : قال السيوطي في أشباهه : ٢٧٨ : " قاعدة : ما قبل التعليق من التصرفات ، صح إضافته إلى بعض عمل

التصرف ، كالطلاق والعق والهج . وما لا فلا : كالنكاح ، والرجعة ، والبيع " .

رابعاً . عند الحنابلة :

ذهب جمهور الحنابلة إلى أن عقود التمليكات المالية ، ماعدا الوصية ، سواء أكانت واردة على الأعيان ، أم على المنافع . بطريق المعاوضة ، أم بطريق التبرع ، لا تقبل التعليق^(١) . وأيضاً المبادلات غير المالية ، كالنكاح والخلع على مال ، لا تقبل التعليق على شرط ؛ لأن هذه العقود لا تكون إلا لازمة والتعليق يوجب جوازها ، فتبطل به^(٢) .

وذهب المحققون من الحنابلة ومنهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(٣) إلى أنه يجوز تعليق جميع أنواع العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط ، من بيع وإجارة وكفالة وهبة ورهن وإبراء وغيرها ، حتى عقد النكاح .

يقول ابن القيم — رحمه الله — مبيناً وجه هذا القول : " شرع الله لعباده التعليق بالشرط في كل موضع يحتاج إليه العبد " ويقول أيضاً : إن " تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ؛ فلا يستغني عنه المكلف " ^(٤) .

ويذكر ابن القيم — رحمه الله — ما يؤيد صحة هذا القول بأنه قد صحَّ تعليق النظر بالشرط بالإجماع ونص الكتاب^(٥) ، وتعليق الضمان بالشرط بنص القرآن^(٦) ، وتعليق النكاح

(١) انظر : ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٦٥/٤ — ٦٦ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٢٨٨/٦ — ٢٨٩ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٣ / ١٩٥ ؛ البهوتي / الروض المربع وحاشية ابن القاسم عليه : ٥٤٣/٥ .

(٢) انظر : البهوتي / الروض المربع وحاشية ابن القاسم عليه : ٣٢٢/٦ — ٣٢٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٤٥١/٧ — ٤٥٢ .

(٣) انطلاقاً من أن الأصل في الاجتهاد الحنبلي هو حرية الشروط العقدية وعلى هذا فإن ما نذكره هنا إنما هو فرع للمذهب في قاعدة حرية العقود والشروط .

(٤) إعلام الموقعين : ٣/٣٠٢ .

(٥) لعل مراده بالنظر الإجماع في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [سورة البقرة : آية ٢٨٠]

(٦) { ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم } [سورة يوسف : آية ٧٢] . والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً وهذا ليس واحداً منهما ومقاطع الحقوق عند الشروط ؛ ولأنه التزام فجاز تعليقه بالشرط كالنذر [انظر : ابن القيم / إعلام الموقعين : ٣/٣٠٠ ، ٣١٠ و ٢٣/٤] .

بالشرط ، فقد صحَّ تعليق تزويج موسى بابتة صاحب مدين^(١) وهو أصحَّ نكاح على وجه الأرض ، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ فكيف إن أتت مقررّة له كقوله صلى الله عليه وسلم : « أَحَقُّ مَا أَوْقِيتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ »^(٢) فهذا صريح في أن حل الفروج بالنكاح قد يعلق على شرط .
وقد نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، كما يعلق الطلاق والجماعة والضمنان والنذر وغيرها من العقود^(٣) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »^(٤) .

ونصَّ الإمام أحمد على صحّة تعليق البيع بالشرط فيمن باع جارية وشرطَ على المشتري أنه إن باعها فهو أحقُّ بها بالثمن في قوله : إن بعث هذه الجارية فأنا أحقُّ بها بالثمن ، فلو أراد بيعها لم يملك إلا ردّها إلى البائع بالثمن الأول كالمقابلة . وحجّته في ذلك بأنه قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما^(٥) ، وقد روي أن عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ ابْتِاعَ جَارِيَةً مِنْ أَمْرَأَتِهِ زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةَ وَاشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنَّكَ إِنْ بَعَثَهَا فَهِيَ لِي بِالْثَمَنِ الَّذِي بَيْعْتُهَا بِهِ فَسَأَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ عَنْ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ : لَا تَقْرُبَهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ^(٦) .

ورَوَى الإمام أحمد نعله وقال للمرتهن : إن جئتك بالحق إلى كذا وإلا فهو لك ، وهذا بيع بشرط فقد فعله وأفتى به

(١) قَالَ إِبْنُ أَبِي أَرِيذَةَ أَنَّ الْكُحْلَكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاشِمٍ عَلَى أَنَّ تَأْخِرَنِي ثَمَانِي حَجَّ فَإِنْ أَلَمَمْتُ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ [سورة القصص : آية ٢٧] .

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ١٦ .

(٣) انظر : ابن قدامة / المعنى على مختصر الخرقى : ٤٥٢/٧ .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٢٩-٣٠ .

(٥) انظر : ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٦٣/٤ ؛ ابن تيمية / القواعد النورانية : ١٣٣ ؛ ابن القيم / إعلام الموقعين : ٣٠٠/٣ - ٣٠١ .

(٦) مالك ، الموطأ : ٤٧٩/٢ ، كتاب البيوع (٣١) ، باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها (٥) ، حديث (٥) .

أما المزارعة فقد رُوِيَ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط ، فكان يدفع أرضه إلى من يعمل عليها على أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا ، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا ، ولم يخالفه صاحب^(١).

وقد نصَّ أحمد — رحمه الله — على جواز تعليق الإبراء فعلاً منه . ويقول المتأخرون من أصحابه : لا يصح تعليق الإبراء بالشرط ، وليس ذلك موافقاً لا لنصوصه ولا لأصوله^(٢).

وخلاصة القول في ذلك ، أن الأنظار الفقهية في هذه المسألة متطابقة من وجه ومختلفة من وجه آخر .

بيان ذلك :

١ — أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية^(٣) وجمهور الخنابلة قد أغلقوا باب التعليق في التمليكات المالية ، وغير المالية فاعتبروها بالتعليق باطلة ، وخالفهم في ذلك فريق من الخنابلة فأجازوا تعليق العقود بإطلاق .

والحق أن ما ذهب إليه المحققون من الخنابلة هو القول الصحيح الذي يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية ليسرة ونصوصها التي لا تمنع التعليق بل إن الضابط الشرعي الذي دل عليه النص هو أن كل شرط يخالف حكم الله وكتابه فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم ، فيجوز تعليق العقود على الشروط ما دامت لا تخالف نصاً فلا تحرم حلالاً ولا تحل حراماً .

إلا أنني أرى أنه يستثنى من إطلاق الخنابلة تعليق العقود ، عقد النكاح ؛ نظراً لعظم وخطورة الآثار المترتبة عليه والتي تقتضي أن يكون العقد فيه جازماً ، ولأن العقادين لا يقدمان على ذلك إلا بعد تروٍّ ونظر فلا حاجة للتعليق .

٢ — اتفق الفقهاء على صحة تعليق الإسقاطات المحضة كالطلاق والعق .

٣ — انفرد الحنفية بتقسيم العقود التي تقبل التعليق إلى ما يقبل التعليق بالشرط الملائم وما يقبل التعليق بالملائم وغير الملائم كما سبق تفصيله .

(١) تقدم تقريره ، ص : ١٣٤ .

(٢) انظر : ابن القيم / إعلام الموقعين : ٣٠١/٣ .

(٣) وخالف الشافعي في الخلع حيث أحاز تعليقه على شرط . [انظر : الشيرازي / المذهب : ٧٢/١ ؛

الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٧٥/١ .

٤— من خلال مقارنة العقود بالنسبة لقبولها الإضافة والتعليق وعدمه يتبين أن ما يصح من العقود مع التعليق يصح مع الإضافة ؛ لأن التعليق ضرب من الإضافة من حيث إنه يترتب عليه إرجاء الأثر فالعقد المعلق لا يوجد إلا بوجود المعلق عليه .

ولكن هل كل ما لا يقبل التعليق لا يقبل الإضافة ؟

الجواب : إن ما لا يصح من العقود مع التعليق إن أفاد ملك العين ، لا يصح مع الإضافة ، وإن أفاد ملك المنفعة ، وبعبارة أعم كل ما لا يترتب عليه جميع آثاره في الحال ، يصح مع الإضافة وإن كان لا يصح مع التعليق .

وإذا فليس كل ما لا يقبل التعليق لا يقبل الإضافة بل قد يقبلها ^(١).

(١) انظر : الخفيف / أحكام المعاملات الشرعية : ٢٢٨ .

المطلب الخامس — في الفروق .

وفيه فرعان :

الفرع الأول - الفرق بين التعليق والإضافة :

ذكر فقهاء الحنفية ^(١) الفرق بين التعليق والإضافة في العقود وغيرها من التصرفات من

وجهين على النحو التالي :

التعليق	الإضافة
الوجه الأول : أن التعليق عين ، وهي للبر ^(٢) ، واليمين في اليمين المنعقدة متضمن إعدام ما يوجبه المعلق الذي هو السبب الشرعي . فإن من قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإن الطلاق هو السبب الشرعي ؛ لكون اليمين منعقدة للمنع عن الدخول ^(٣) ، وإذا امتنع عن الدخول فإنه لا يقع ما علق به ، وإذا لم يقع لم يقع موجهه ، فلا يفضي للمعلق إلى الحكم الذي هو سبب عند التنجيز ، هذا على تقدير أن يكون موجب للمعلق (بفتح الجيم) .	— أما الإضافة فلثبوت حكم السبب في الوقت الذي أضيف إليه السبب المذكور ، فالمقصود منها وجود الحكم على خلاف التعليق ، لا لمنع السبب كما في التعليق ، فالمقصود من : ((أنت حر يوم الجمعة)) ثبوت الحرية فيه ، فيتحقق السبب المضاف قبل تحقق الوقت الذي أضيف إليه بلا مانع كالتعليق المانع من انعقاد السبب المعلق بالشرط ، وعدم المانع مع وجود المقتضى وهو التكلم بالسبب بلا تعليق يقتضي تحققه ، غاية الأمر تأخير الحكم المسبب إلى وجود الوقت المعين الذي هو كائن لا محالة إذ الزمان من لوازم الوجود الخارجي ، فالإضافة إليه إضافة إلى ما قطع بوجوده .

(١) انظر : ابن نجيم / فتح القفار : ٥٥/٢ — ٥٦ ؛ أمير بادشاه / تيسير التحرير : ١٢٨/١ — ١٢٩ .

(٢) المراد " الحافضة على موجب اليمين ضد الحنث " . [أمير بادشاه / تيسير التحرير : ١٢٨/١] .

(٣) فالمنع عن الدخول مثلا في نحو ((إن دخلت الدار فأنت طالق)) هو الثابت بالسبب . [انظر : الأزهرى /

حاشية الأزهرى على مرآة الأصول : ٤١٢/٢] .

<p>— أما في الإضافة فإن الوقت المضاف إليه السبب كائن لا محالة ، فالإضافة إليه إضافة إلى ما قطع بوجوده ، والإضافة إلى الكائن لا تورث شكاً في وجود المضاف ، فلا يمنع عن الانعقاد شيء إذ الأصل عدم وجود مانع آخر .</p>	<p>الوجه الثاني : أن الشرط في التعليق متردداً بين الوجود والعدم .</p>
---	--

وخلاصة القول في الفرق بين العقد المعلق ، والعقد المضاف هو : أن العقد المعلق على شرط لا ينعقد إلا حين وجود الشرط ، أما العقد المضاف فهو عقد تام فينعقد في الحال سبباً لحكمه إلا أن أثره لا يوجد إلا في الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب ، وأيضاً فإن الفرق بينهما حاصل بأن وجود الشرط المعلق عليه على الخطر بين أن يوجد ، ولا خطر في الإضافة فإن الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب كائن لا محالة .

الفرق الثاني . الفرق بين الشرط والتعليق :

الفرق بين الشرط والتعليق هو : أن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بأن أو أداة أخرى من أدوات الشرط ، كقول زيد لعمر : إن لم أدفع لك دينك بعد شهر فقد أحلتك به على فلان .

أما الشرط فهو التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ، كالبيع بشرط الشهادة في البيع ، أو بشرط أن يرهن المشتري بالثمن ^(١) .

وذكر السيوطي الفرق بينهما فقال : إن التعليق داخل على أصل الفعل بأداته . كإن ، وإذا . والشرط ما جُزم فيه بأصل الفعل ، وشرط فيه أمر آخر ^(٢) .

المطلب السادس — فائدة في ذكر كيفية ثبوت الأحكام في العقود .

الغاية من هذا المطلب بيان الطرق التي يثبت بها حكم العقد المقرر له شرعاً ، ذلك أن بعض العقود يثبت حكمها حال انعقادها ، وقد يتأخر ثبوته لوجود سبب يمنع من ظهور

(١) انظر : الحموي / غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٤١/٤ .

(٢) السيوطي / الأشباه والنظائر (بتصرف) : ٣٧٦ . وانظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٣٧٠/١ .

الحكم ، وقد ينشأ العاقد عقدا فيبتين تقدم أثره في الحال ، وقد يتوقف ظهور حكم العقد عند انعقاده ثم يثبت الحكم بأثر رجعي أي منذ حصول التعاقد ، فالأحكام تثبت في العقود بأربعة طرق ^(١) :

١- **الاقتصار** : وهو ثبوت الحكم وقت وجود السبب في الحال ، كما إذا أنشأ عقد البيع بالإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما ، فالحكم يبتدىء من وقت وجود السبب مقتصرًا عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه ، إلا إذا كان يقبل خيار الشرط ووجد فعلا .

٢- **الانقلاب** : وهو صيرورة ما ليس بعلة علة ، كالتعليق ، فمثلا قول الرجل لامرأته أنت طالق علة لثبوت الحكم — وقوع الطلاق — ، فإذا علّقه على خروجها إلى جهة معينة لا يُعتبر قوله : أنت طالق علة لظهور الحكم إلا عند وجود الشرط المعلق عليه ، فينقلب ما ليس بعلة علة ويظهر حكم الطلاق عند تحقق الخروج .

وكذلك الحكم في سائر العقود التي تقبل التعليق بالشرط ، فلا يظهر الحكم إلا عند وجود الشرط المعلق عليه ، فيصير الشرط هو علة ظهور الحكم .

٣- **التبين** : وهو أن يظهر في الحال تقدّم الحكم وهذا كالتعليق على شيء ظهر أنه حدث من قبل ، مثل : إن جاء زيد فأنت وكيلي ، وتبين أن زيد قد جاء قبل هذا .

٤- **الاستناد** : وهو أن يكون للحكم أثر رجعي رغم انعقاد العقد في الحال مثل : الحكم في عقد الفضولي والصبي المميز ، فيثبت حكم العقد بعد الإجازة ممن يملكها مستندا إلى وقت انعقاد العقد أي أن حكم العقد بعد الإجازة يثبت من وقت انعقاده ^(٢) ، وكالحكم في المضمونات فإنها تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت وجوب سبب الضمان .



(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣١٤ — ٣١٥ / الحموي / غرر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر

: ٣٤٦/٣ — ٣٤٧ .

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ١٦٩ — ١٧٠ .

الفصل الرابع

أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه

ويتمثل هذا الفصل على ستة مباحث:

المبحث الأول: في بيان الراد بالعقد اللزوم وغير اللزوم (المجانز).

وفيه مثلها:

المطلب الأول: في بيان الراد بالعقد اللزوم.

المطلب الثاني: في بيان الراد بالعقد غير اللزوم (المجانز).

المبحث الثاني: أقسام العقد اللزوم وغير اللزوم (المجانز).

وفيه مثلها:

المطلب الأول: أقسام العقد اللزوم.

المطلب الثاني: أقسام العقد غير اللزوم (المجانز).

المبحث الثالث: متى تنهت صفة اللزوم في العقود اللازمة؟

المبحث الرابع: الخيار وحالها في العقود اللازمة.

المبحث الخامس: حكم ورود الخيار وعدمه على العقود اللازمة والمجانزة.

المبحث السادس: الغمخ في العقود اللازمة وغير اللازمة.

وفيه مثلها:

المطلب الأول: أسباب الغمخ في العقود اللازمة.

المطلب الثاني: الغمخ في العقود غير اللازمة.

تقديم :

الأصل في العقود الزوم ، فالعقد يتم وينعقد بمجرد الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما دون توقف على أمر آخر . فإذا تمّ ، ترتبت عليه آثاره المقررة له شرعا ، ويصبح لازما ، فهو إنما يكتسب صفة الزوم بمجرد تمامه .

ويشذ عن هذا الأصل طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم الزوم وهي ما يطلق عليها اسم (العقود غير اللازمة) ، وأيضا كل عقد يشترط فيه القبض ، وكل عقد تضمن أحد الخيارات التي تُسوّغ لأحد العاقدين فسخ العقد ، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع ، مما يأتي بيانه قريبا .

قال القرافي : " اعلم أن الأصل في العقد الزوم لأن العقد إنما شرع لتحقيق المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفع الحاجات فيناسب ذلك الزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود غير أنه مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين أحدهما : كذلك ، كالبيع والإجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات ، فإنّ التصرف بالمقصود بالعقد يحصل عقيب العقد . والقسم الآخر ، لا يستلزم مصلحته مع الزوم بل مع الجواز وعدم الزوم وهو خمسة عقود : الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشعرا في الحكومة " (١) .

إنّ الحديث عن أقسام العقود بالنظر إلى الزوم والجواز أولا بيان للمراد بالعقد اللازم وغير اللازم (الجائز) ، وفي المبحث التالي بيان كل منهما .

(١) الفروق (الفرق : ٢٠٩) : ١٣/٤ . وانظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٦٥/٤ ؛

القرافي / الفروق : ٢٦٩/٣ ؛ القرافي / الذخيرة : ٢٠/٥ ، ٥٥/٦ .

تبينه : اختلف الفقهاء في ثبوت صفة الزوم في طائفة من العقود اللازمة وهي ما كان منها في معنى البيع ، ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذا الضرب من العقود إلى اختلافهم في خيار المجلس . [انظر من هذا البحث ، ص : ٢٥٤-٢٦٣] .

المبحث الأول — في بيان المراد بالعقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول — في بيان المراد بالعقد اللازم .

وفيه فرعان :

الفرع الأول - تعريف العقد اللازم .

العقد اللازم ^(١) هو : كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبداً أو يقبله ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك ^(٢).

محرزات التعريف :

عقد : جنس في التعريف يشمل كل عقد .

صحيح : قيد أول في التعريف ، خرج به غير الصحيح أي العقد الفاسد والباطل .

نافذ ^(٣) : قيد ثان في التعريف أخرج كل عقد صحيح غير نافذ وهو العقد الموقوف .

لا يقبل الفسخ أبداً : قيد ثالث في التعريف يبين حقيقة أو أصل اللزوم ، وهذا القيد يبين أحد نوعي العقد اللازم وهو : ما لا يقبل الفسخ أبداً حتى لو اتفق المتعاقدان على ذلك ، كالنكاح .

أو يقبله — أي الفسخ — ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك : لأن الكلام في رفع العقد اللازم ، وخرج بهذا القيد رفع ما ليس بلزوم ، فلمن له الخيار ، الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه .

قال ابن عابدين : " أن رفع العقد غير اللازم — وهو ما فيه خيار — لا يُسمى إقالة بل فسخاً ؛ لأنه لا يشترط فيه رضاهما " ^(٤).

(١) تعبير العقد الملزم مرادف للعقد اللازم .

(٢) بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود : ٥٠٤ .

وانظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٥/٦ ؛ مجلة الأحكام (م) : ١٤٤ : ١ / ٩٩٥ ؛ البحاري / التوضيح على التنقيح : ١٢٣/٢ ؛ ملا خسرو / مرآة الأصول : ٣٨٩/٢ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٠٠ ، ٣٠٤/٢ .

(٣) والمراد بالنفاذ " ما أفاد الحكم للحال " [ابن نجيم / البحر الرائق : ٥/٢٨٢ . وانظر : البحاري / التوضيح على التنقيح : ١٢٣/٢] .

(٤) حاشية رد المختار على الدر المختار : ١٢١/٥ . وانظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٧/٣ .

وفي هذا القيد بيان للنوع الثاني من العقود اللازمة وهي التي تقبل الفسخ ، وقيد ذلك باتفاق الطرفين على فسخ العقد ، وقبول هذا النوع من العقود اللازمة للفسخ إنما يكون بطريق الإقالة كما يأتي بيانه قريباً^(١).

الفرع الثاني - الفرق بين الإلتزام واللزم :

الإلتزام هو أمر يقرره الإنسان باختياره ابتداء ، ويترتب عليه شغل ذمته بأمر جائز شرعاً^(٢).

أما اللزوم فهو أمر يقرره الشرع إذا توافرت شروط معينة في التصرف ، ويترتب عليه إسقاط حق الرجوع عن التصرف بالنسبة لمن تقرر له^(٣).

يقال إن عقد القرض غير لازم ، ويقصد بذلك إمكان رجوع المقرض عن العقد دون موافقة المقرض . ويقال إن عقد البيع لازم وكذا الإجارة ، ويقصدون بذلك عدم إمكان رجوع أي من المتعاقدين عن العقد إلا نتيجة لما يعتريه من أسباب تُسوّغ للعاقدين أو أحدهما فسخ العقد .

(١) انظر: الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ .

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ٥٢ .

(٣) انظر : البخاري / التوضيح على التنقيح : ١٢٣/٢ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٥/٦ .
وانظر في لزوم التصرفات من جانبين أو لزمها من جانب واحد أو عدم لزومها : ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٥/٢ — ١٢٩ . وانظر : المبحث الثاني من هذا الفصل ، ص : ٢٥١-٢٥٣ .

المطلب الثاني — في بيان المراد بالعقد غير اللازم (الجائز) .

ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول - تعريف العقد غير اللازم (الجائز) .

العقد غير اللازم (الجائز) هو : كل عقد يقبل الفسخ من طرفيه أو أحدهما ؛ لسبب من أسباب عدم اللزوم^(١).

والمراد بقولنا (لسبب من أسباب عدم اللزوم) : الأسباب التي تجعل العقد غير لازم، وهي :

١ — عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد كالوكالة ، فعدم اللزوم معناه : إمكان رجوع العاقد عن العقد وفسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك ، وتسمى هذه الطائفة عقودا غير لازمة ؛ لأن عدم اللزوم صفة ثابتة لها .
وتنقسم هذه الطائفة من العقود إلى أقسام ، حسب كون عدم اللزوم فيها مطلقا أو مقيدا ، وكونه أصليا أو استثنائيا^(٢)، مما يأتي بيانه قريبا من خلال مباحث هذا الفصل .

٢ — عدم اللزوم بسبب : سلب اللزوم عن العقد اللازم ؛ نتيجة لما يعتريه من أسباب تُسوّغ للعاقدين أو أحدهما فسخ العقد .
وترجع هذه الأسباب في الجملة إلى أمرين :

الأول : ضرورة احترام الشروط الشرعية لصحة العقد والتي يترتب على اختلال أحدها حالة الفساد في العقود ، وينتج عن ذلك سلب صفة اللزوم من العقد اللازم ؛ نظرا لما اعتراه من فساد بسبب فقدان أحد الشروط الشرعية لصحته .
الثاني : " ضرورة احترام إرادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة عن العقد " ^(٣)، كما في

(١) تنبيه : تجدر الإشارة إلى أن تعريفات الفقهاء للعقد الجائز كلها تدور حول بيان الأسباب التي تجعل العقد غير لازم ، لذلك فإن التعريف الأمثل للعقد الجائز هو ما ذكرته في المتن ، لشموله ، وهو مستفاد من نصوص الفقهاء .

انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٧٥/٦ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٧/٢ ، ٤٠٠ ؛ بدران / الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود : ٥٠٤ .

(٢) انظر : الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٤٤٨/١ .

(٣) المرجع السابق : ٤٥٨/١ .

حالة الخيارات العقدية كخيار الشرط^(١) وخيار العيب^(٢) ، أو عيوب الإرادة كالإكراه .
جاء في بدائع الصنائع : " حكم البيع نوعان : نوع يرتفع بالفسخ ، وهو الذي يقوم
برفعه أحد العاقلين ، وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الأربع^(٣)
والبيع الفاسد . ونوع لا يرتفع إلا بالإقالة ، وهو حكم كل بيع لازم ، وهو البيع الصحيح
الحالي عن الخيار " ^(٤) .

الفرع الثاني - ضابط العقد الجائز :

يقول الفقهاء : الوكالة عقد جائز ، وكذلك الشركة والعارية والوديعة والقرض
وغيرها ، ويريدون بذلك أنها ليست لازمة .

(١) خيار الشرط مركب إضافي من إضافة الشيء إلى سببه ، ويطلق في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت بالاستشراف
لأحد العاقلين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ .

أما جوازه فعليه جمهور الفقهاء ، إلا الثوري وابن أبي شيرمة وطائفة من أهل الظاهر . وقد نقل الإجماع على
جوازه كثيرون منهم النووي وموفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة وغيرهم .
وخيار الشرط أسماء أخرى منها : خيار التروي ، وهذا الإطلاق متداول كثيرا عند المالكية والشافعية أكثر من
غيرهم . ومنها : الخيار الشرطي — بالوصفية لا بالإضافة — ، وهذا الإطلاق يستعمله المالكية كثيرا أيضا .
ومنها بيع الخيار ، وهذا الإطلاق يقع على العقد الذي اقترن بخيار الشرط ، وهو متداول عند فقهاء المذاهب
كلهم وخاصة المالكية .

[انظر : ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٦٥/٤ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٥٧/٢ ؛
البغدادى / المعونة : ١٠٤٢/٢ ؛ الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٩١/٣ ؛ الرملي / نهاية
الاحتجاج : ٣/٤ ؛ النووي / المجموع : ١٩٠/٩ ، ٢٢٥ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٧٤/٤ —
٧٥ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٧١/٤] .

(٢) خيار العيب هو " أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب " . والعيب هو : ما ينقص قيمة المبيع عادة .
ويسمى الخيار الحكمي ؛ لأنه جزم إليه الحكم ، ويسمى أيضا بخيار النقيصة . ولا خلاف بين الفقهاء في
جوازه .

[الجرجاني / التعريفات : ١٣٧ . وانظر : ابن قاضي سماره / جامع الفصولين : ٣٢٤/١ ؛ الدردير / الشرح
الكبير : ٩١/٣ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٦٠/٣ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٥٠/٢ ؛ المسرداوي /
الإنصاف : ٤٠٥/٤ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢١٥/٣ ، ٢١٨] .

(٣) الخيارات الأربع هي : خيار التعيين ، وخيار الشرط وخيار العيب ، وخيار الرؤية . [انظر : الكاساني / بدائع

الصنائع : ٢٢٨/٥ .

(٤) الكاساني : ٣٠٦/٥ .

وضابط ذلك : أن كل عقد ، للعائد فسخه بكل حال ، إلا أن يؤول إلى اللزوم ، ولا
يدخل على ذلك المبيع بشرط الخيار ، فإنه أن يؤول إلى اللزوم ، وكذا إذا كان في المبيع
عيب ^(١) .

^(١) الزركشي / البحر المحيط (بنصرف) : ٣١٩/١ — ٣٢٠ . وانظر : الحمري / غمز عيون البصائر : ٤٣٧/٣ ؛
الزركشي / المنثور في القواعد : ٧/٢ .

المبحث الثاني — أقسام العقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان :

قبل الحديث عن أقسام العقد اللازم والجائز تجدر الإشارة إلى أن أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم والجواز مما اتفق عليه ، وإن كان الخلاف يقع في بعض العقود ^(١) .

إذا علم هذا فإن بيان أقسام العقد اللازم وغير اللازم (الجائز) كما يلي :

المطلب الأول — في أقسام العقد اللازم ^(٢) :

اللزوم قد يكون بالنسبة للمتعاقدین وقد يكون بالنسبة لأحدهما ، فالعقد اللازم باللزوم إلى لزومه للمتعاقدین أو أحدهما قسما :

الأول — عقد لازم في حق الطرفين : وهذا القسم لا تتم مصالحه ومقاصده إلا بلزومه ومن طرفيه كالبيع والإجارة والأنكحة والأوقاف والضمان والهبات ، وهو قسما :

أحدهما : عقد لازم في حق الطرفين لا يقبل الفسخ بطريق الإقالة ، كالنكاح ^(٣)

والخلع .

الثاني : عقد لازم في حق الطرفين يقبل الفسخ بطريق الإقالة ، وهذا القسم يشمل كل

عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بأنواعه والإجارة والصلح والحوالة وغيرها .

(١) انظر: ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٦ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٨٢/٥ ؛ القرافي / الفروق (الفرق : ٢٠٩) : ١٣/٤ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٥/٢ — ١٢٩ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٧٥ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٦٠) : ١٠٤ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ١٣٠/٤ — ١٣٣ .

(٢) انظر: ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٦ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٨٢/٥ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح (م : ١١٤) : ٩٦/١ ؛ القرافي / الفروق (الفرق : ٢٠٩) : ١٣/٤ ؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام : ١٢٥/٢ — ١٢٩ ؛ الشرقاوي / حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب : ٥/٢ — ٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٧٥ — الحاوي : ٣٢/٦ — ٣٤ .

وذكر النووي تقسيما آخر للعقود اللازمة وذلك في معرض بيانه لما ثبت فيه خيار المجلس من العقود ، فقال : " العقود اللازمة وهي نوعان واردة على العين وواردة على النفع الأول كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة النوع الثاني العقد الوارد على النفع فمنه النكاح " [المجموع : ١٧٥/٩ ، ١٧٨] .

(٣) جاء في المنثور في القواعد في تقسيم العقد باعتبار الجواز واللزوم : ٣٩٩/٢ : " الخامس لازم من أحدهما وفي الآخر خلاف ، كالنكاح لازم من جهة المرأة وفي الزوج وجهان : أحدهما : جائز لقدرته على الطلاق ، وأصحهما لازم كالبيع ، وقدرته على الطلاق ليست تجوزا إنما هو تصرف في المعقود عليه ، ولا يلزم منه الجواز كما أن المشتري يملك التصرف في المبيع " .

الثاني — عقد لازم في حق أحد الطرفين فقط غير لازم في حق الطرف الآخر^(١)، كعقد الرهن والكفالة، فالعقد لازم بالنسبة للراهن والكفيل، وعلى ذلك ليس للراهن فسخ العقد من غير رضا المرتهن وكذلك الكفيل ليس له فسخ العقد من غير رضا المكفول له، بخلاف المرتهن والمكفول له فإن كلاهما غير ملتزم، ومن حقه الاستقلال بفسخ العقد من غير رضا الآخر.

واللازم نوعان: لازم من جهة الموجب جائز من جهة القابل، وعكسه يتصور في الهبة للأولاد^(٢).

المطلب الثاني — في أقسام العقد غير اللازم^(٣).

العقد قد يكون غير لازم بالنسبة لطرفيه، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما، لازماً بالنسبة للآخر، فالعقد غير اللازم بالنظر إلى عدم لزومه للمتعاقدين أو أحدهما ينقسم إلى قسمين:

أحدهما — عقد غير لازم أصلاً بحق كلا الطرفين، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالعقد الجائز، وهذا القسم مصلحته في جوازه من طرفيه، كالشركة والوكالة والمضاربة والوصية والعارية والإيداع والقرض وسائر الولايات إلا الإمامة العظمى.

الثاني — عقد غير لازم في حق أحد الطرفين فقط: وهذا القسم مصلحته في جوازه من أحد طرفيه ولزومه من الطرف الآخر، كعقد الرهن والكفالة، وقد تقدم بيانه في القسم الثاني من أقسام العقد اللازم.

(١) فهذا القسم يدخل في العقود اللازمة، والعقود غير اللازمة؛ لأن اللزوم قد يكون بالنسبة لطرف واحد، فيكون العقد جائزاً في حق الطرف الآخر، فيجمع العقد بين اللزوم والجواز.

(٢) انظر: الزركشي / المنثور في القواعد: ٣٩٨/٢ — ٣٩٩.

(٣) انظر: ابن نجيم / الأشباه والنظائر: ٣٣٦؛ ابن نجيم / البحر الرائق: ٢٨٢/٥؛ حيدر / درر الحكماء شرح (م: ١١٤): ٩٦/١؛ القراني / الفروق (الفرق: ٢٠٩): ١٣/٤؛ ابن عبد السلام / قواعد الأحكام: ١٢٧/٢ — ١٢٩؛ السيوطي / الأشباه والنظائر: ٢٧٥؛ النووي / المجموع: ١٧٥/٩؛ الشرقاوي / حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٤/٢، ٦؛ الماوردي / الحاوي: ٣٢/٦ — ٣٣.

جاء في كشف القناع: ٥٣٧/٣ — ٥٣٨: "والمساقاة والمزارعة عقدان جائزان من الطرفين... ولكل منهما فسخها أي المساقاة أو المزارعة متى شاء. لأنه شأن العقود الجائزة".

- وإذا فالعقود بالنظر إلى اللزوم والجواز على أربعة أقسام :
- الأول : عقد لازم في حق الطرفين لا يقبل الفسخ بطريق الإقالة .
- الثاني : عقد لازم في حق الطرفين يقبل الفسخ بطريق الإقالة .
- الثالث : عقد لازم في حق أحد الطرفين فقط .
- الرابع : عقد غير لازم بحق كلا الطرفين ، وهو ما يُعبّر عنه الفقهاء بالعقد الجائز .



المبحث الثالث — متى تثبت صفة اللزوم في العقود اللازمة ؟

من اكتسب العقد صفة اللزوم لم يكن من حق أي من طرفيه فسخه دون رضا الطرف الآخر ، إذ لو كان العقد بعد تمامه متوقفاً على إرادة أحد عاقيه لم يكن لصفة اللزوم معنى ، ولما كان للعقد الإلزام فائدة .

ولكن متى يكتسب العقد صفة اللزوم ؟

لا خلاف بين الفقهاء في أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم يجب ألا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس ، فلو قال البائع : قد بعث سلعتي بكذا ، فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ، ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت ، فلا يلزم ذلك البائع ؛ لأن القبول وارد على غير إيجاب^(١) .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن ثبوت صفة اللزوم في العقود اللازمة بطبيعتها إنما يتحقق بإنشائها وتتمامها ، واستثنى الشافعية والحنابلة^(٢) ما كان منها في معنى البيع فذهبوا إلى ثبوت خيار المجلس فيها ، أي أن هذا النوع من العقود اللازمة لا يلزم إلا بتفرق العاقلين بأبدانهم وانتهاء المجلس ، أما قبل تفرقهما فلا يلزم ، إذ يكون لكل منهما حق فسخه ما دام في المجلس .

وسبب مخالفة الشافعية ، والحنابلة في هذا الضرب من العقود هو قولهم بثبوت خيار المجلس خلافا للحنفية والمالكية الذين ينكرون خيار المجلس ؛ لمنافاته لطبيعة العقد اللازم ، ذلك أن صفة العقد الإلزام ، ولا إلزام مع ثبوت حق الرجوع للعاقدين . وإذا فاختلاف الفقهاء في ثبوت صفة اللزوم في العقود اللازمة إنما هو في طائفة منها ، وهي ما كان منها في معنى البيع .

ويقضي المقام ذكر اختلاف الفقهاء تفصيلاً في خيار المجلس ، وذلك حتى يتجلى بوضوح : متى تثبت صفة اللزوم في العقود اللازمة ؟
اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس على قولين :

(١) ابن رشد / بداية المجتهد (بتصرف) : ١٢٨/٢ .

وانظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٣٧/٥ ؛ الخطاب / مواهب الجليل : ٢٤٠/٤ — ٢٤١ ؛ الشويعي /

معني اختناج : ٥/٢ — ٦ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٤٧/٣ — ١٤٨ .

(٢) انظر : الشريبي / معني اختناج : ٤٣/٢ ؛ الرملي / نهاية المحتاج : ٣/٤ — ٥ ؛ البهوتي / شرح منتهى

الإرادات : ١٦٧/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرق : ١٣٠/٤ .

الأول — ذهب الحنفية والمالكية وطائفة من أهل المدينة ^(١) ، إلى إنكار خيار المجلس ، فالعقد يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفتقر العاقدان .

الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة ^(٢) إلى القول بخيار المجلس ، فثبت لكل من المتعاقدين خيار الرجوع بعد صدور القبول وتتمام العقد ما دام مجلس العقد قائماً . وهو قول إسحاق ^(٣) وأبي ثور ^(٤) وداود ^(٥) ، وابن المبارك ^(٦) وجماعة من التابعين ،

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ ؛ القرائي / الفروق : ٢٦٩/٣ ؛ مالك / الموطأ : ٥١٨/٢ ؛ الباجي / المتقى : ٥٥٥/٥ ؛ القرائي / الذخيرة : ٢٠/٥ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٨/٢ ؛ التسوي / البهجة شرح التحفة : ٥٩/٢ ؛ حلى المعاصم : ٥٩/٢ .
(٢) انظر : الشربيني / معني المحتاج : ٤٣/٢ ؛ الماردي / الحاروي : ٣٤/٦ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخراقي : ٧/٤ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٩٨/٣ .
(٣) إسحاق بن إبراهيم بن مخلد من بني حنظلة من تميم ، ابن راهويه (١٦١ - ٢٣٨ هـ) : أبو يعقوب ، من أكبر علماء خراسان في عصره . وهو أحد كبار الحفاظ . طاف البلاد لجمع الحديث ، وأخذ عنه الإمام أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم . قال فيه الخطيب البغدادي (اجتمع له الفقه والحديث والحفظ والصدق والورع والزهد) . استوطن نيسابور وتوفي بها . من مصنفاته : المسند .
[انظر : ابن حجر / تهذيب التهذيب : (١٩٠ - ١٩٢) ؛ الزركلي / الأعلام : (٢٩٢/١)] .

(٤) إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي ، أبو ثور (- ٢٤٠ هـ) : فقيه من أصحاب الإمام الشافعي . من أهل بغداد . قال ابن حبان : " كان أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وورعاً وفضلاً ، صُفِّ الكُتُب وفُرِّعَ على السُّنَنِ ، وذُب عنها " . له كتب منها : كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي .
[انظر : الذهبي / تذكرة الحفاظ : (٥١٢ - ٥١٣) ؛ ابن حجر / تهذيب التهذيب : (١٠٢ - ١٠٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (٣٧/١)] .

(٥) داود بن علي بن داود بن خلف الأصفهاني ، الملقب بالطَّاهري (٢٠١ - ٢٧٠ هـ) : أبو سليمان ، أحد الأئمة المجتهدين في الإسلام . تُنسَبُ إليه الطائفة الظاهرية ، وسميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنة وإعراضها عن التأويل والرأي والقياس . وكان داود أول من جهر بهذا القول . وهو أصفهاني الأصل من أهل قاشان " بلدة قريبة من أصبهان " ومولده في الكوفة ، سكن بغداد ، وانتهت إليه رئاسة العلم فيها . وله تصانيف أورد ابن الندم أسماءها في زهاء صفحتين ، توفي ببغداد .
[انظر : ابن الندم / الفهرست : (٣٦٢ - ٣٦٤) ؛ الأعلام : (٣٣٣/٢) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١٣٩/٤)] .

(٦) عبد الله بن المبارك الحنظلي بالولاء ، المروزي (١١٨ - ١٨١ هـ) : أبو عبد الرحمن ، أمه خوارزمية وأبوه تركي . جمع العلم والفقه والأدب والنحو واللغة والشعر والزهد والفصاحة والورع وقيام الليل والعبادة والسداد في الرواية وقلة الكلام فيما لا يعنيه وقلة الخلاف على أصحابه ، كان إماماً ثقة مأموناً حجة كثير الحديث . صاحب أبا حنيفة وسمع السفينيين وسليمان التميمي وحميد الطويل . حدث عنه : عبد الرحمن بن مهدي ويحيى بن معين وأحمد بن حنبل . مات بهيت . من تصانيفه : ((تفسير القرآن)) و ((الدقائق في الرقائق)) و ((رقايع الفتاوى)) . -

ومن الصحابة ابن عمر وأبي هريرة الأسلمي^(١) ، ولا يخالف لهما من الصحابة^(٢) .
وعلى هذا فالعقد إنما يلزم بانقضاء خيار المجلس ، وقطع هذا الخيار يكون بالافتراق^(٣) ،
أو بالتخاير بين العاقدین بعد العقد في المجلس ، فينقطع الخيار ويلزم العقد من الطرفين إن تَخَيَّرَ
أحدهما صاحبه فاختار إمضاء العقد أو إلزامه ، وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه
وحده^(٤) .

الأدلة :

أولاً . أدلة الحنفية والمالكية :

استدل الحنفية والمالكية على أن العقد يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفرق العاقدان
بأبدانهما بالكتاب ، والمعقول .

أولاً . من الكتاب :

١- قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥) .

- [انظر : القرشي / الجواهر المضية : ٢٨١/١ ؛ اللكنوي / الفوائد البهية : ١٠٣ ؛ الذهبي / تذكرة الحفاظ
: ٢٥٣/١ ؛ ابن العماد / شذرات الذهب : ٢٩٥/١ ؛ البغدادی / هداية العارفين : ٤٣٨/٥] .

^(١) فضلة بن غبید بن الحارث الأسلمي ، مشهور بكنيته أبو هريرة (- بعد ٦٥ هـ) : صحابي ، أسلم قبل
الفتح ، وغزا سبع غزوات ، كان من سكان المدينة ثم نزل البصرة . وشهد مع علي قتال أهل النهروان ، ثم
شهد قتال الأزارقة مع المهلب بن أبي صفرة . ومات بخزسان أيام يزيد بن معاوية . روى عنه الحسن البصري ،
وأبو العالية الرياحي ، وعبد الله بن بريدة ، وغيرهم . له (٤٦) ست وأربعون حديثاً .

[انظر : ابن حجر / الإصابة : (٥٥٦-٥٥٧) ؛ ابن الأثير / أسد الغابة : (٥٤٥-٥٤٦) ؛ ابن حجر /
تقريب التهذيب : (٦٢١ ، ٥٦٣) ؛ الزركلي / الأعلام : (٣٣/٨)] .

^(٢) انظر : ابن رشد / بداية الاجتهاد : ١٢٨/٢ ؛ النووي / المجموع : ١٨٤/٩ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر
الحرقی : ٧/٤ .

^(٣) وحده ورد مطلقاً في الشرع فيرجع فيه إلى العرف . [انظر : الماوردي / الحاوي : ٥٠/٦] .

^(٤) وهو القول المختار ، ولزید من التفصيل [انظر : الماوردي / الحاوي : ٥١/٦ ؛ النووي / المجموع : ١٧٩/٩ ؛
الشربيني / معني المحتاج : ٤٤/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرقی : ١٢/٤]

^(٥) سورة المائدة ، الآية : ١ .

وجه الدلالة من الآية :

هذه الآية الكريمة من أظهر الظواهر التي استدلوا بها على صحة مذهبهم فقالوا : أمر الله عز وجل في الآية الكريمة بالوفاء بالعقود ، والعقد هو الإيجاب والقبول ، والأمر يفيد الوجوب ، واختيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ؛ لأن للعقد أن يرجع في عقده بعد ما أتمه ما لم يتفرقا^(١).

٢— قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآية :

أباح الله سبحانه وتعالى الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد ، فدل ذلك على أن العقد إنما يلزم بالقول ولا يشترط التفرق من مجلس العقد^(٣).

ثانياً - من المعقول :

١— إِنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ ، عقود معاوضة ، فلم يكن للخيار فيها أثر أصلها سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهن والصلح عن دم العمد^(٤).

٢— "ولأن البيع من العاقدَيْن صدر مطلقاً ، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال ، فالفسخ من أحد العاقدَيْن يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع ، والإبطال من غير رضا الآخر لا يجوز ؛ ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والإقالة بعد الافتراق ، كذا هنا " ^(٥).

٣— ولأن خيار المجلس مجهول العاقبة ، فليس له ضابط إلا الافتراق وقد يطول وقد يقصر ، وكل ما كان مجهول النهاية في الزمان من خيار الشرط المصرح به مجتمع على بطلانه ، فمن الأولى بطلان ما لم يُصرَّح به في العقد وهو خيار المجلس^(٦).

(١) انظر : ابن رشد / بداية الجتهيد : ١٢٨/٢ — ١٢٩ ؛ القراني / الفروق : ٢٧٢/٣ .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ .

(٤) ابن رشد / بداية الجتهيد (بتصرف) : ١٢٩/٢ .

(٥) الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ .

(٦) انظر : القراني / الفروق : ٢٧٢/٣ .

ثانيا . أدلة الشافعية والحنابلة ، ومن وافقهم :

عمدة المشرطين لخيار المجلس حديث مَالِك عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « (الْمُتَبَايَعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا ، إِلَّا بَيْعُ الْخِيَارِ) » ^(١)
وفي بعض الروايات : « (أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ) » ^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

الحديث ظاهر الدلالة بأن العقد بعد غنامه يكون غير لازم ما دام العاقدان في مجلس العقد ، فإذا تفرقت المجالس فلا خيار ، والمراد بالتفرق أن يتفرقا بأبداهما ^(٣) ، وَكَانَ ابْنُ عَمْرٍ إِذَا بَايَعَ رَجُلًا فَأَرَادَ أَنْ لَا يُقِيلَهُ قَامَ فَمَشَى هُنَيْئَةً ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ ^(٤) ، وذلك ليتم التفرق الذي جعل حدا لخيار المجلس .

وعن ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « (كُلُّ بَيْعٍ لَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَّفَقَا إِلَّا بَيْعُ الْخِيَارِ) » ^(٥) . وهذا نص في محل التراجع .

^(١) متفق عليه من حديث ابن عمر وحكيم ابن حزام رواه البخاري ومسلم وغيرهما بألفاظ متقاربة ، واللفظ للبخاري .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٥٥/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٤٤) ، حديث (٢١١١) .

مسلم ، الصحيح : ١١٦٣/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديث (١٥٣١/٤٣) .

^(٢) البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٥٤/٥ — ٥٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إذا لم يوقت الخيار هل يجوز البيع (٤٣) ، حديث (٢١٠٩) .

^(٣) انظر : الشيرازي / المهذب : ٢٥٧/٢ — ٢٥٨ .

^(٤) رواه البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر ، واللفظ لمسلم .
البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٥٣/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب كم يجوز الخيار (٤٢) ، حديث (٢١٠٧) .

مسلم ، الصحيح : ١١٦٣/٣ — ١١٦٤ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديث (١٥٣١/٤٥) .

^(٥) متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٦٢/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع (٤٦) ، حديث (٢١١٣) .

مسلم ، الصحيح : ١١٦٤/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديث (١٥٣١/٤٦) .

وَعَنْ أَبِي الْوَضِيِّ ^(١) قَالَ : غَزَوْنَا غَزْوَةً لَنَا فَزَلْنَا مَنَزِلًا ، فَبَاعَ صَاحِبُ لَنَا فَرَسًا بِعِلَامٍ ثُمَّ أَقَامَا بَيْعَةً يَوْمَهُمَا وَلَيْلَتَهُمَا ، فَلَمَّا أَصْبَحَا مِنَ الْعَدِ حَضَرَ الرَّجُلُ فَقَامَ إِلَى فَرَسِهِ يُسْرِجُهُ قَدِيمٌ ، فَأَتَى الرَّجُلُ وَأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ فَأَبَى الرَّجُلُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ . فَقَالَ : بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَبُو بَرْزَةَ صَاحِبُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَتَا أَبَا بَرْزَةَ فِي نَاحِيَةِ الْعَسْكَرِ فَقَالَ لَهُ هَذِهِ الْقِصَّةُ ، فَقَالَ : أَتُرْضَيْنِ أَنْ أَقْضِيَ بَيْنَكُمَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا)) وفي رواية أَنَّهُ قَالَ : مَا أَرَاكُمْ أَتَفَرَّقْتُمَا ^(٢) .

وفي المسألة أحاديث كثيرة استدلت بها الشافعية والحنابلة ومن وافقهم على ثبوت خيار المجلس ما لم يفترق العاقدان بأبدانهما .

المناقشة :

أولاً . مناقشة أدلة الحنفية ، والمالكية :

- ١ — أما الظواهر التي يحتجون بها على صحة مذهبهم ، ومنها قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٣) ، فنخصص بقوله ﷺ : ((الْمُتَبَايَعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ)) ^(٤) جمعاً بين الأدلة ^(٥) .
- ٢ — أما ما استدلوا به من القياس فيناقش بأنه ، يلزمكم بالقول بهذا القياس مع ثبوت الحديث أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الحديث ^(٦) .

^(١) عُبَاد بن مُسَيْب ، بالنون والمهملة والموحدة ، مصغراً ، القيسي ، المشهور بكنيته أبي الْوَضِيِّ ، يفتح السواو وكسر المعجمة المخففة مهموز : ويقال : اسمه عبد الله . روى عن علي وكان على شرطته ، وعن أبي بَرْزَةَ الأسلمي . وروى عنه : جميل بن مرة الشيباني ، ويَزِيد بن أَبِي صَالِح ، وغيرهما . حكم عليه ابن حجر بكونه ثقة ، وذكر أن ابن معين وثقه ، وذكره ابن حبان في الثقات .

[انظر : ابن حجر / تهذيب التهذيب : (٩٤/٥) ؛ ابن حجر / تقريب التهذيب : (٢٩١ ، ٦٨٢)] .

^(٢) رواه أبو داود . قال النووي عنه في المجموع : (١٨٥/٩) : [إسناده صحيح .
أبو داود ، السنن : ٧٣٦/٣ ، كتاب البيوع والإيجارات (١٧) ، باب في خيار المتبايعين (٥٣) ، حديث (٣٤٥٧) .

^(٣) سورة المائدة : آية ١ .

^(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٢٥٨ .

^(٥) انظر : المكي / تهذيب الفروق : ٢٨٢/٣ .

^(٦) ابن رشد / بداية المجتهد (بتصرف) : ١٢٩/٢ . قال ابن رشد " وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإن كان قد رُوِيَ عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة " .

ورد الخفية والمالكية على هذا الاعتراض ، بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين .

أما حديث : « (الْمُتَبَايعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ) »^(١) ففيه تأويلان :

أحدهما : أن المراد بالمبتاعين المذكور المتساومان اللذان لم ينفذ البيع بينهما ؛ لأن المتبايعين يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ، فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع ، فإن قال البائع بعثك كذا فله أن يرجع ما لم يقبل المشتري ، وللمشتري ألا يقبل ، وإذا قال المشتري اشتريت منك كذا ، فله الرجوع أيضا قبل صدور القبول من البائع ، وللبائع ألا يقبل^(٢) .

وأجيب عن هذا ، بأنه باطل من وجوه :

الأول : أن لفظ الحديث لا يحتمل ما قالوه ، لأنه ليس بين المتعاقدين تفرق بلفظ إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه .

الثاني : أنه على هذا التأويل لا يكون للحديث فائدة ؛ لأنه معلوم من دين الأمة أن المتعاقدين بالخيار ما لم يقع بينهما عقد بالقول .

الثالث : أنه قد ثبت في بعض الروايات قوله ﷺ : « (إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ فَكُلٌّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا وَكَانَا جَمِيعًا أَوْ يُخَيَّرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِتْبَايَعًا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ يَتَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ) »^(٣) ، فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما ، فكان تأويلهم للحديث وحمله على أن المتعاقدين بالخيار قبل العقد ، غير صحيح^(٤) .

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٢٥٨ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ ؛ الباجي / المنقح : ٥٥/٥ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٩/٢

(٣) متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٦١/٥ ، كتاب البيوع ، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع (٤٥) ، الحديث (٢١١٢) .

مسلم ، الصحيح : ١١٦٣/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديث (١٥٣١/٤٤) .

(٤) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٩/٢ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرقي : ٨/٤ ؛ ٩ ؛ البهوتي /

كشف الشافعات : ١٩٨/٣ .

التأويل الثاني : أن التفرق في الحديث هو كناية عن الافتراق بالقول لا بالأبدان^(١).
جاء في المتن : " ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع بإتمام الإيجاب والقبول ويكون معنله أن تفرقهما قد حصل بأن استبد المتابع بما ابتاعه والبائع بشمنه " (٢).

وأجيب عن ذلك من أوجه :

الأول : أنه قد ثبت في بعض الروايات أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةً خِيَارًا ، وَلَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبُهُ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ » (٣).
" وَمَعْنَى هَذَا أَنْ يُفَارِقَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ وَلَوْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ بِالْكَلَامِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ بَعْدَ الْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ لِهَذَا الْحَدِيثِ مَعْنَى حَيْثُ قَالَ ﷺ « وَلَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ » (٤).

الثاني : إن هذا مجاز لا حقيقة ، والحقيقة هي التفرق بالأبدان ، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى^(٥).

الثالث : إن راوي الحديث ابن عمر — وهو من أهل الاجتهاد والفقه — قد فهم أن المراد بالتفرق هو التفرق بالأبدان ولذا كان إذا أراد أن يكون البيع نافذا مشى قليلا ثم رجع ، فيكون تفسيره للحديث بفعله حجة مانعة من الاحتمال^(٦).

وأما قياسهم على النكاح والخلع فالجواب عنه ، " أنه ليس المقصود منهما المال فلا يفسدان بفساد العوض بخلاف البيع " (٧).

وأما قولهم أن خيار المجلس مجهول العاقبة فليس له ضابط إلا الافتراق وقد يطول وقد يقصر فالجواب عنه ، " أن الخيار الثابت شرعا لا يضر جهالة زمانه كخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة بخلاف خيار الشرط فإنه يتعلق بشرطهما فاشترط بيانه " (٨).

(١) انظر: ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٩/٢ ؛ النسولي / البهجة شرح التحفة : ٥٩/٢ .

(٢) الباجي : ٥٥/٥ .

(٣) قَالَ أَبُو عِيْسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ .

(٤) الترمذي ، المعنى : ٥٥٠/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (٢٦) ، حديث (١٢٤٧) .

(٥) المرجع السابق . وانظر : النووي / المجموع : ١٨٧/٩ — ١٨٨ .

(٦) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٢٩/٢ .

(٧) انظر : النووي / المجموع : ١٨٧/٩ .

(٨) المرجع السابق : ١٨٨/٩ .

(٩) المرجع السابق .

ثانياً . مناقشة أدلة الشافعية ، والحنابلة :

الذي اعتمد عليه الإمام مالك رحمه الله في رد العمل بالحديث الذي استدل به الشافعية والحنابلة وهو ((الْمُتَّبَاعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا يَبْعَ الْخِيَارِ))^(١) ، بخالفته لعمل أهل المدينة ، مع أنه قد عارضه عنده ما رواه أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((أَيُّمَا بَيْعَيْنِ تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَكَ))^(٢) .

فكانه حمل هذا الحديث على عموميه ، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس ، ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف في المجلس ؛ لأن البيع لم ينعقد بعد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس^(٣) .

قال النووي معترضاً على رد الإمام مالك العمل بهذا الحديث لمخالفته عمل أهل المدينة : " أما قول مالك فهو اصطلاح له وحده منفرداً به عن العلماء فلا يقبل قوله في رد السنن لترك فقهاء المدينة العمل بها وكيف يصح هذا المذهب ، مع العلم بأن الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا في عصره ولا في العصر الذي قبله منحصرين في المدينة ولا في الحجاز بل كانوا متفرقين في أقطار الأرض " ^(٤) .

وقالوا أيضاً في رد العمل بحديث ((الْمُتَّبَاعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا يَبْعَ الْخِيَارِ)) ، أنه إن ثبت مع كونه في حد الآحاد فهو مخالف لظاهر الكتاب ، لذا وجب حمل الخيار المذكور في الحديث على خيار المتساومين توفيقاً بين الأدلة^(٥) . وقد سبق بيان تأويلهم للحديث والرد عليهم .

(١) تقدم ترجمته ، ص : ٢٥٨ .

(٢) مالك ، الموطأ : ٥١٨/٢ ، كتاب البيوع (٣١) ، باب بيع الخيار (٣٨) ، حديث (٨٠) .

قال ابن رشد : " وهذا الحديث منقطع ، ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن يتبين هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرج أحد مسنداً فيما أحسب . فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث " [بداية المجتهد : ١٢٨/٢] .

والصحيح أن الحديث مرفوع عن النبي ﷺ لا من قول ابن مسعود . وكذلك في الموطأ الذي عزاه إليه عن مالك .

(٣) ابن رشد / بداية المجتهد (بتصرف) : ١٢٨/٢ .

(٤) المجموع : ١٨٦/٩ .

(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ .

الترجيح :

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء وأدلتهم أرى أن الراجح — والله أعلم — هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بخيار المجلس ، فيثبت لكل من المتعاقدين خيار الرجوع بعد صدور القبول وتتمام العقد ما دام مجلس العقد قائماً ، وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : القول بما ذهب إليه الحنفية والمالكية من شأنه أن يُضيّق كثيراً من نطاق التعامل.

ثانياً : قوة ما استدلل به الشافعية والحنابلة ومن وافقهم ، والرد على أدلة المخالفين بحيث لا تقوى على النهوض ، وأيضا الرد على الاعتراضات الموجهة لأدلتهم من قبل المخالفين كما تقدم من خلال مناقشة الأدلة .



المبحث الرابع — الخيارات وأثرها في العقود اللازمة :

لا خلاف بين الفقهاء أن الخيار يمنع لزوم العقد بالنسبة لمن له الخيار حتى يبت فيه بالإمضاء فيلزم ، فالعقد المشتمل على الخيار يستوي في الصفة مع العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة ومع هذا لا يصعب التمييز بينهما ؛ لأن عدم اللزوم في تلك العقود ناشئ عن طبيعتها الخاصة ، أما في الخيارات فعدم اللزوم طارئ بسببها ؛ لأن الأصل في العقد اللزوم والخيار حالة طارئة على العقد وليس مما تقتضيه طبيعة العقد ^(١) .

قال ابن عابدين : " فإن الأصل في العقد اللزوم من الطرفين ولا يثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو في مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك " ^(٢) . وكذلك فإن حكم الفسخ في الخيارات عند الحنفية والمالكية ^(٣) مستند أي له انعطاف وتأثير رجعي فينسحب الانفساخ على الماضي فيجعل العقد كأنه لم ينعقد .

وزهد بعض فقهاء المالكية ، والأصح عند الشافعية ، والمذهب عند الحنابلة ^(٤) ؛ إلى أن الفسخ رفع للعقد من حينه كالرد بالعيب وسائر الفسوخ .

أما في العقود غير اللازمة فليس للفسخ تأثير رجعي ، ولا علاقة له بالتصرفات السابقة ، كالوكالة والشركة وغيرها من العقود الجائزة فإذا وقع الفسخ في هذه الطائفة من

^(١) انظر : القرافي / الفروق (ف : ١٩٦) ، ٢٦٩/٣ ، (ف : ٢٠٩) : ١٣/٤ ؛ القرافي / الذخيرة : ٢٠/٥ ، ٥٥/٦ ؛ الزركشي / المنشور في القواعد : ١٤٦/٢ وما بعدها ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ؛ النووي / المجموع : ١٧٥/٩ ، ١٩٠-١٩١ ، ١٩٥ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٩٨/٣-٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢١١-٢١٢ ، ٢١٤ ، ٢١٨ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٧/٤ ، ٧٣ .

^(٢) حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٦٥/٤ .

^(٣) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٩٥/٢ ؛ ابن قاض سماوه / جامع الفصولين : ٣٣٣/١ ؛ القرافي / الفروق (الفرق : ٥٦) : ٢٧/٢ ؛ المكّي / تَهْدِيبُ الفُروْق : ٣٥/٢ ؛ النورسي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : ٣٤٨ ، ٣٥٤ ؛ البغدادی / المعونة : ١٠٤٣/٢ .

^(٤) انظر : النورسي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : ٣٤٨ ، ٣٥٤ ؛ الزركشي / المنشور في القواعد : ٤٨/٣ — ٤٩ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٩٢ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٩١/٣ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٤٩/٢ ، ٦٦ ؛ المرادوي / الإنصاف : ٤٨١/٤ — ٤٨٢ ؛ القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ٢٥٦) : ١٢٩ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (٣٦) : ٤٦ .

وهذا الخلاف يخرج على قاعدة ذكرها ابن رجب في قواعده ، فقال : " من استند بملكه إلى سبب مستقر لا يمكن إبطاله وتأخر حصول الملك عنه ، فهل ينعطف أحكام ملكه إلى أول وقت انعقاد السبب ويثبت أحكامه من حينئذ ، أم لا يثبت من حين ثبوت الملك ؟ فيه خلاف وللمسألة أمثلة كثيرة ومنها : الفسخ بالعيب والخيار ، فإنه يستند إلى مقارن للعقد فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وفيه خلاف معروف " . [القواعد في الفقه الإسلامي : (القاعدة ١١٦) : ٢٥٥] .

العقود فإن العقد يرتفع من حينه ، وهذا يقتضي أن الفسخ في العقود الجائزة لا علاقة له بما انقضى من التزامات عقدية ، مع مراعاة ما يشترطه بعض الفقهاء حين الفسخ من نضوض رأس المال ^(١) في المضاربة ، وكتعلق حق الغير بالوكالة ^(٢).

وإذا فمّن شروط لزوم العقد خُلُوّه من أحد الخيارات التي تُسوّغ لأحد العاقدَيْن فسخ العقد والتي تثبت إما بإيجاب الشرع كخيار الرؤية عند القائلين به ^(٣) ، وخيار العيب ، أو باشتراط العاقد كخيار الشرط ، مع ملاحظة أن خيار القبول لا يتعلق بلزوم العقد بل بانعقاده ^(٤).

^(١) نض المال : أي صار نقدا بعد أن كان متاعا ، كحاله وقت ابتداء العقد . [انظر : ابن الأثير / النهاية في غريب الحديث والأثر : ٧٢/٥ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٥٠٦/٣] .

^(٢) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ١٤٢٤) : ٤٨١/١٠ ، (م : ١٥٢١) : ٦٥٧/١١ ، (م : ١٥٢٢) : ٦٥٩/١١ ، (م : ١٥٢٧) : ٦٦٤/١١ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ١٧٧/٢ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ٢٢٧/٢ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٩ ، ٢٩٢ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٦٠) : ١٠٥ ، ١٠٦ ؛ البهوتي / منتهى الإرادات : ٣٠٥/٢ .

^(٣) خيار الرؤية هو " أن يشتري ما لم يره ويرده بخياره " . [الجرجاني / التعريفات : ١٣٧] . وقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الخيار : فمذهب الحنفية و الشافعي في القدم ورواية عن الإمام أحمد ، ثبوت خيار الرؤية بحكم الشرع من غير حاجة إلى اشتراط .

ومذهب المالكية عدم ثبوت خيار الرؤية ، إلا إذا كانت العين غالبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة ، فيجوز بيعها على الصفة ، وللمشتري خيار الوصف إذا كانت العين على غير ما وصفت . ويغني عن الوصف رؤية متقدمة ، إذا لم تتغير العين عن وقت الرؤية . فإذا لم توصف العين وصفا يميزها عن غيرها ، أو وصفت ولكنها كانت على غير ما وصفت ، ولم يسبق للمشتري رؤيتها ، لم يميز البيع إلا إذا اشترط المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع ، أما إذا لم يشترط الخيار ، فالبيع باطل .

وإذا فمّن خيار الرؤية عند المالكية لا يثبت إلا بالشرط ، فهو لا يثبت بحكم الشرع بل هو إرادي محض يجب على العاقد اشتراطه في بعض صور بيع الغائب .

ومذهب الشافعي في الجديد والصحيح من مذهب الحنابلة عدم ثبوت خيار الرؤية ، فإذا اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، أو رآه ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السلم ، لم يصح البيع .

[انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٩٢/٥ ؛ ابن عابدين / حاشيته رد المحتار على الدر المختار : ٥٩٤/٤ — ٥٩٥ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١١٦/٢ — ١١٧ ؛ ابن جزي / القوانين الفقهية : ١٦٩ — ١٧٠ ؛ البغدادي / المعونة : ٩٧٨/٢ ؛ الماردي / الحاوي : ١٨/٦ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦٣/١ ؛ المرادوي / الإنصاف : ٢٩٥/٤ — ٢٩٦ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الحرق : ٧٧/٤] .

^(٤) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٢٨/٥ ؛ مجلة الأحكام (م : ١١٤) : ٩٥/١ ؛ حيدر / درر الحكم : ١٣٢/١ ، ٢٤٢ — ٢٤٣ ؛ الزركشي / المنظور في القواعد : ٧/٢ ، ٤٠٠ ؛ الزرقا / المدخل الفقهي العام : ٤٥٨/١ ؛ السنهوري / مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ١٩٨/٤ .

وانظر من هذا البحث ، ص : ٦٤ .

وقد سبق أن أشرت في شرح تعريف العقد اللازم إلى أن سلب اللزوم عن العقد اللازم قد يكون نتيجة لما يعتريه من أسباب تُسوّغ للعاقدين أو أحدهما فسخ العقد ، ومنها : ضرورة احترام إرادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة عن العقد ، كما في حالة الخيارات العقدية ، والتي شرعت رفعاً للحرج الذي قد يلحق أحد المتعاقدين أو كليهما في حالة لزوم العقد وعدم فسخه .

وهذه الخيارات منها ما ورد به نص خاص ، كخيار الشرط ، فقد روى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبُيُوعِ فَقَالَ : ((إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَافَةَ)) ^(١) ، وفي لفظ آخر زيادة : ((ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ اتَّعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيْلٍ فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَأَرُدُّدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا)) ^(٢) .

وأيضاً خيار الرؤية ، ودليل مشروعيته قوله ﷺ ((من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه)) ^(٣) .

ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة ، كخيار العيب ، فإن السلامة شرط في العقد دلالة فهي طلب المشتري عادة ؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة ، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة ، فكانت كالمشروطة نصاً ، فلما لم توجد ثبت له الخيار لاحتلال الرضا الذي هو شرط صحة العقد .

^(١) متفق عليه .

البخاري ، الصحيح ، بشرح ابن حجر : ٦٦/٥ ، كتاب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع (٤٨) ، حديث (٢١١٧) .
مسلم ، الصحيح : ١١٦٥/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب من يخدع في البيوع (١٢) ، حديث (١٥٣٣/٤٨) .

^(٢) رواه ابن ماجه . وفي الروايات : في إسناده محمد بن اسحاق ، وهو مدلس ، وقد عتنه .
ابن ماجه ، السنن : ٧٨٩/٢ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب الحجر على من يفسد ماله (٢٤) ، حديث (٢٣٥٥) .

^(٣) رواه البيهقي والدارقطني .
وفيه عمر بن إبراهيم يقال له الكردي يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح ، لم يروها غيره ، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله .
البيهقي ، السنن الكبرى : ٢٦٨/٥ ، كتاب البيوع ، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة .
الدارقطني ، السنن : ٤/٣ ، ٥٠ ، كتاب البيوع ، حديث (١٠٠) .

وأيضاً فإن السلامة من مقتضيات العقد ؛ لأنه عقد معاوضة ، والمعاوضات مبنها على المساواة عادة وحقيقة ، وتحقيق المساواة في مبادلة البديل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة ، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار لأن المشتري يطالبه بتسليم قِبر الفائت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار ^(١) .
ومنها ما ثبت بالقياس كخيار النقد ^(٢) وخيار التعيين ^(٣) ، فلهما في معنى ما ورد به الشرع ، وهو خيار الشرط ، والعلة الجامعة بينهما هي التروي ^(٤) .
وأنواع الخيارات كثيرة اختلف الفقهاء في عدّها ^(٥) ، وتتفاوت منزلة الخيارات من

(١) انظر: الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥ .

(٢) صورته : أن يتابع اثنان من غير دفع الثمن على أن المشتري إن لم ينقد البائع الثمن في مدة معينة لا تتحلوز ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما . فإن قبل البائع هذا الشرط ، صح البيع والشرط معا .
وهذا النوع من الخيار جائز عند الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، وهو قول الشيرازي من الشافعية ، والتسوي وأبو ثور ، ومن الصحابة عمر وابنه رضي الله عنهما .

ومنه زفر من الحنفية ، والشافعية في الصحيح [انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥٧١/٤ ؛ النووي / المجموع : ١٩٣/٩ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير : ٦٧/٤] .

(٣) خيار التعيين : هو خيار يشترطه المشتري عادة ، بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشتري واحدا منها بعد التأمل والتروي .

وهذا النوع من الخيار جائز عند الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة . ومنه الشافعية وجمهور الحنابلة . ولتفصيل القول فيه . [انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٥٦/٥ — ١٥٧ ؛ ابن عابدين / حاشية رد مختار على الدر المختار : ٥٦٥/٤ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١١٦/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ١٠٦/٣ ؛ النووي / المجموع : ٣١٢/٩ ؛ البهوتي / كشف القناع : ١٦٧/٣ — ١٦٨] .

(٤) انظر: الكاساني / بدائع الصنائع : ١٥٧/٥ ؛ الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥٧١/٤ .
عدها ابن نجيم في البحر الرائق ثلاثة عشر ، وعدها الحصكفي في الدر المختار سبعة عشر .

(٥) وقد حصر الشافعية ، والمالكية هذه الخيارات في ضربين : أولهما خيار نقص خيار الرد بالعيب وبيع المصرة ، وثانيهما : خيار ترو ، أي تأمل ونظر للبايعين كما يسميه المالكية ، أو خيار شهوة كما يسميه الشافعية ، ويشمل خيار الشرط وخيار المجلس وعلى القول بصحة خيار الرؤية عندهم تكون ثلاثة .
وأيضاً فإن هؤلاء الفقهاء يلحقون ما تشابه من الخيارات بعضها ببعض ، فمثلاً يلحقون بخيار العيب خيار الوصف المرغوب فيه وخيار التقرير وخيار الغين ؛ لأن معناها واحد .

مع ملاحظة أن هذه الخيارات ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء بل منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه .

انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٢/٦ — ٣ ؛ الحصكفي / الدر المختار : ٥٦٦/٤ ؛ ابن نجيم / الأشياء والظواهر : ٣٣٨ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٩١/٣ ؛ الخريشي / الخريشي على مختصر خليل : ١٠٩/٥ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ١٤٦/٢ — ١٤٧ ، ١٥١ ؛ الرملي / نهاية المحتاج : ٢٧ ، ٢٥ ، ٣/٤ .

حيث سلب لزوم عن العقد اللازم نظرا إلى أثرها على علة الحكم^(١)، فمنها ما يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة كخيار الشرط ، ومنها ما يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية ، ومنها ما يمنع لزوم الحكم كخيار العيب^(٢).

وفي هذا المبحث أتناول أثر أهم هذه الخيارات^(٣) على العقد اللازم لسلب لزومه ، على النحو التالي :

أولا - خيار الشرط .

لا خلاف بين الفقهاء في أن العقد المشتمل على الخيار عقد غير لازم ؛ لأن الخيار يمنع لزوم العقد ، واختلف الفقهاء في أثر خيار الشرط على العقد على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية^(٤) ، والشافعية في الأظهر^(٥) إلى أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم في مدته لمن شرطه ، وبعبارة أخرى هو يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة ، بل هو للحال موقوف ، والمراد أنه لا يعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار ؛ لأنه

^(١) المراد بالعلة هنا العقد الذي لا يتخلف عنه الحكم في الأصل ، كالبيع هو علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البديلين وهو الأصل ، وفي البيع بشرط الخيار تخلف عن العلة — عقد البيع — مقتضاها — حكم البيع — ، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسماء ومعنى لا حكما ، وللمستلزم علة اسماء ومعنى وحكما .
والحكم في العلة الشرعية وإن لم يجوز تخلفه عن العلة إلا أنه يجوز تراخيه وتراخي الحكم ينشأ من موانع وهي أنواع :

- ١- ما يمنع انعقاد العلة كإضافة البيع إلى الحر من بني آدم فالبيع هذا لا ينعقد لأن الحر ليس محلا للبيع ولا ينعقد البيع إلا فيما كان محلا للبيع .
- ٢- ما يمنع تمام العلة كإضافة البيع إلى مال الغير فإذا كان المبيع للغير فلا يكون المبيع فيه نافذا بل موقوفا .
- ٣- ما يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة كخيار الشرط فإنه يمنع ثبوت الحكم أي يمنع خروج المبيع من ملك البائع .

٤- ما يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري .

٥- ما يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ، وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط . [انظر : البخاري / كشف الأسرار : ٦٢ / ٤ ، ٦٣ ؛ ابن نجيم / فتح الغفار بشوح المنار : ٤٠ / ٣ ؛ ابن الهمام / فتح القدير : ٢٩٨ / ٦ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام : ١ / ٢٤٤] .
^(٢) انظر : ابن الهمام / فتح القدير : ٢٩٨ / ٦ ؛ الباري / العناية على الهداية : ٢٩٨ / ٦ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٧٤ / ٥ ؛ حيدر / درر الأحكام شرح مجلة الأحكام : ١ / ٢٤٤ .

^(٣) نظرا لأن الحديث على ما للعقد من أحكام عامة فأقتصر في بيان الخيارات التي تكون في كثير من العقود ، أما أثر هذه الخيارات على كل عقد فيترك بيانه إلى دراسة هذا العقد وتفصيل أحكامه .

^(٤) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٣ / ٦ ، ٩ ، ١٣ — ١٤ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٦٤ / ٥ .

^(٥) انظر : الشوزي / المهذب : ٢٥٩ / ١ ؛ التوي / روضة الطالبين : ٤٥٠ / ٣ .

لا يعلم هل يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال ، فإذا تم البيع بآن حصول الملك للمشتري بالبيع نفسه ، وإلا بآن أن ملك البائع لم يزل ، وكذا يتوقف الثمن .
جاء في العناية : " وإنما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه ألا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الإمكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس " (١) .

وعلى هذا فإن شرط الخيار للبائع يمنع انتقال ملكية المبيع منه إلى المشتري ، وإذا كان للمشتري فإنه يمنع نقل ملكية الثمن منه إلى البائع ؛ لأن نقل الملك لا يكون إلا بالرضا وشرط الخيار ينفيه . ومن لا خيار له منهما فإن كان البائع خرج العقود عليه من ملكه ، وإن كان المشتري خرج الثمن عن ملكه للزوم العقد بالنسبة إليه ، لكنه مبيع أو ثمنا لا يدخل في ملك العاقد المخير بل يتوقف الملك فيه إلى أن يميز أو يفسخ — وهذا عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يدخل في ملكه — (٢) ؛ لأنه لو دخل في ملكه لاجتمع في ملكه البديل والمبدل في عقد المبادلة — أي المبيع والثمن — وهذا لا يجوز .

وأیضا فإن ذلك يؤدي إلى ترك التسوية بين العاقدین في حکم المعاوضة وهذا لا يجوز ؛ لعدم رضا العاقدین بالتفاوت .

أما إذا كان الخيار لهما معا ، فإنه يمنع نقل ملك كل منهما للآخر ؛ لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم ، موجود في الجانبين جميعا وهو الخيار ، ولو تصرف أحدهما في بدل ملكه في مدة الخيار لهما كان تصرفه باطلا ؛ لأن للآخر حق الفسخ . وإذا تصرف البائع في مدة الخيار في المبيع تصرف المالك من بيع وإجارة وهبة وغيرها ، صح تصرفه ويكون بذلك فاسخا للعقد (٣) .

القول الثاني : ذهب المالكية (٤) ، والشافعية في قول (٥) ، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد (٦) ، إلى أن خيار الشرط يمنع انتقال الملك ، فلا يملك محل العقد إلا بالعقد وانقضاء

(١) الباري : ٢٩٩/٦ .

(٢) ويتفرع على هذا الأصل بين أبي حنيفة وصاحبيه مسائل . [انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٦٥/٥] .

(٣) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٩/٦ ، ١٣ — ١٤ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٦٤/٥ — ٢٦٥ .

(٤) انظر : البغدادی / المعونة : ١٠٤٣/٢ ؛ الخرشبي / الخروشي على مختصر خليل : ١٢٠/٥ ؛ والنوشرسي /

إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : ٣٠٧ ؛ القرافي / الذخيرة : ٣١/٥ .

(٥) انظر : الشيرازي / المهذب : ٢٥٩/١ ؛ التبروي / روضة الطالبين : ٤٥٠/٣ .

(٦) انظر : المرداوي / الإنصاف : ٣٧٨/٤ — ٣٧٩ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٣ .

الخيار ؛ لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار فدلّ على أنه لا يملك إلا بهما .
ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق فلم ينتقل الملك به ^(١) .

وعلى هذا فالملك في زمن الخيار للبائع ، والملك في الثمن للمشتري .

القول الثالث : ذهب الشافعية في قول ^(٢) ، الحنابلة في أشهر الروايتين عن الإمام أحمد وهي المذهب الذي عليه الأصحاب ^(٣) ، إلى أن خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك ، بل ينتقل الملك في المبيع زمن الخيار إلى المشتري وينتقل الثمن إلى ملك البائع سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما ؛ لأن غاية العقد المشروط فيه الخيار عدم لزومه ، والعقد غير لازم يترتب عليه حكمه عقب انعقاده لنفاذه .

وجه هذا القول : قوله ﷺ : « وَمَنْ ابْتِاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ » ^(٤) ، وقوله ﷺ : « مَنْ ابْتِاعَ تَخْلًا بَعْدَ أَنْ تَوَبَّرَ فَنَمَرَتْهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ » ^(٥) . " فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع " ^(٦) .
ولأن البيع المشروط فيه الخيار عقد معاوضة يوجب انتقال الملك ، فانتقل الملك فيه بنفس العقد ، كالنكاح ^(٧) .

(١) انظر: البغدادى / المعونة : ١٠٤٤/٢ .

(٢) وهو الأظهر عند الشيخ أبي حامد ومن نحا نحوه ، وبه قال الإمام . [انظر : النووي / روضة الطالبين : ٤٥٠/٣] .

(٣) انظر: المرداوي / الإنصاف : ٣٧٨/٤ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٣ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٧٩/٤ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٧٠/٢ .
جزء من حديث متفق عليه .

(٤) البخاري ، الصحيح : ٣٢٦/٥ ، بشرح ابن حجر ، كتاب المساقاة (٤٢) ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (١٨) ، حديث (٢٣٧٩) .

(٥) مسلم ، الصحيح : ١١٧٣/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب باع غسلا عليها ممر (١٥) ، حديث (١٥٤٣/٨٠) .

(٦) جزء من حديث متفق عليه ، تقدم تخريجه [انظر الهامش السابق]

(٧) ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٧٩/٤ . وانظر : البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٧٠/٢ .

(٨) انظر : الشيرازي / المهذب : ٢٥٩/١ .

المناقشة :

مناقشة الحنفية ومن وافقهم :

قولهم : إن الملك للحال موقوف ، والمراد أنه لا يعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار ؛ لأنه لا يعلم هل يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال ، فإذا تم البيع بآن حصول الملك للمشتري بنفس البيع ، وإلا ، بأن أن ملك البائع لم يزل ، وكذا يتوقف الثمن ، غير صحيح ، " فإن انتقال الملك إنما ينبي على سببه الناقل وهو البيع وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه ، فإن إمضائه ليس من المقتضى ولا شرطاً فيه ، إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع فإن المنع لا يتقدم المانع ، كما أن الحكم لا يسبق شرطه " ^(١)

ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك إذا لم يفسخ ، فوجب أن يثبت وإن فسخ ، كبيع المعيب ^(٢).

أما قولهم : إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، غير صحيح ؛ لأنه يؤدي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ، ولأنه يؤدي إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري ، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه ، وهذا ينافي عقد المعاوضة ^(٣)

الترجيح :

الراجح في نظري من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الشافعية في قول الخنابلة في أشهر الروايتين عن الإمام أحمد وهي المذهب ، أن خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك ، بل ينتقل الملك في المبيع زمن الخيار إلى المشتري وينتقل الثمن إلى ملك البائع سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما ؛ لأن غاية العقد المشروط فيه الخيار عدم لزومه ، والعقد غير اللازم يترتب عليه حكمه عقب انعقاده لنفاذه ؛ لقوة أدلتهم .

(١) ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٧٩/٤ .

(٢) المرجع السابق (يتصرف) : ٨٠/٤ .

(٣) انظر : المرجع السابق : ٧٩/٤ .

ثمرة الخلاف :

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في مسائل ^(١) :

منها : وجوب الزكاة ، فلو باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولا ، فعلى القول الأول والثاني تجب زكاته على البائع ، وعلى الثالث فزكاته على المشتري .
ومنها : الفطرة ، فلو باعه عبد بشرط الخيار وأهل هلال الفطرة وهو في مدة الخيار ، فعلى القول الأول والثاني الفطرة على البائع ، وعلى الثالث فالفطرة على المشتري .
ومنها : مؤونة المعقود عليه والزيادة فيه .

فعلى القول الأول الذي يرى أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم ، تكون مؤونة المبيع على البائع ، وتكون زيادته المتصلة والمنفصلة ملكا له ؛ لأنه لم يخرج عن ملكه . وكذا على القول الثاني .

وعلى القول الثالث الذي يرى أن خيار الشرط لا يمنع نقل الملكية ، تكون مؤونة المبيع على المشتري ، وزيادته المتصلة والمنفصلة ملكا له ، ولو كان المبيع في يد البائع ، أمضيا العقد أو فسخاه ؛ لأنه يملك الأصل فيملك زوائده ^(٢) .

ويستثنى من الحكم السابق ما إذا كان النماء متصلا كالمسمن أو كان حملا موجودا وقت العقد وانفصل في مدة الخيار ثم رد المبيع على بائعه ، فإنه يكون ملزما برده مع أصله ^(٣) .

ومنها : تلف المبيع في مدة الخيار فإن كان بعد القبض أو لم يكن منهما ، فعلى القول الأول والثاني فهو من مال البائع ، وعلى القول الثالث فهو من مال المشتري ^(٤) .

^(١) انظر: الرنرشي / إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : ٣٠٧ — ٣٠٨ ؛ الحرشي / الحرشي على مختصر خليل ١٢٠/٥ ؛ ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٤ — ٣٦٦ ؛ الرادوي / الإنصاف : ٣٧٩/٤ — ٣٨١ .

مع ملاحظة أن ما ذكر هنا من مسائل هو بعض من فوائد هذا الخلاف وللمزيد انظر المراجع السابقة .
^(٢) انظر: النووي / روضة الطالبين : ٤٥١/٣ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٨٠/٤ ؛ الميردادي / الإنصاف : ٣٨٢/٤ .

^(٣) انظر: البهوتي / شرح منتهى الارادات : ١٧٠/٢ — ١٧١ ؛ الرادوي / الإنصاف : ٣٨١/٤ — ٣٨٢ .

^(٤) انظر: البغداد / المعونة : ١٠٤٣/٢ ، ١٠٤٨ .
 وللشافعية في هذه المسألة أقوال وتفصيل ينظر في مظانه . [انظر: النووي / روضة الطالبين : ٤٥٣/٣ — ٤٥٤ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٦٠/١] .

ومنها : لو تعيَّب المبيع في مدة الخيار ، فعلى القول الأول له الرد بكل حال ، وعلى الثالث لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري ؛ لانتفاء القبض .
ومنها : لو باع مُجَلَّ صيداً بشرط الخيار ثم أحرم في مدته ، فإن قلنا لم ينتقل الملك عنه فله الفسخ^(١) ، وإن قلنا انتقل الملك عنه فليس له ذلك ؛ لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع في حقه .

ثانياً . خيار الرؤية .

أثر خيار الرؤية على العقد عند القائلين به^(٢) هو منع تمام الحكم ، ففي عقد البيع لا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري المبيع ولم يرد ، فالعقد الذي ثبت فيه خيار الرؤية غير لازم بالنسبة للمشتري ونحوه إلى أن يختار بعد الرؤية بين الرد والإجازة ، وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ ؛ لأن العقد غير لازم في حقه ، أما البائع ومن في حكمه فيكون العقد لازماً من جانبه . إلا أنه في مذهب أحمد^(٣) يثبت للبائع الخيار أيضاً إذا باع ما لم يره عند الرؤية .

والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع . أما ما يترتب على العقد من أحكام وآثار فلا أثر لخيار الرؤية في شيء منها ، بل حكمه حكم العقد الذي لا خيار فيه ، فيثبت الملك في البديلين المتعاقدين بمجرد تمام العقد لأن السبب في نقل الملك قد وجد فيترب عليه حكمه حيث لا مانع منه ، حتى لو تصرف فيه المشتري جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن ؛ وكذا لو هلك في يده أو صار إلى حلال لا يملك فسخه بطل خياره^(٤) .

ثالثاً . خيار العيب .

العقد حال قيام خيار العيب نافذ غير لازم^(٥) .

(١) ثم إن كان في مدة المشاهدة أرسله وإلا فلا . [ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي : ٣٦٥] .

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ٢٦٥ ، ش : ٣ .

(٣) انظر : المرادوي / الإنصاف : ٢٩٦/٤ .

(٤) انظر : ابن عابدين / حاشية رد اختار على الدر المختار : ٥٩٢/٤ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٨/٦ ؛ ابن

قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٨٠/٤ — ٨١ .

(٥) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥ ؛ البغدادي / المعونة : ١٠٥١/٢ ؛ الشربيني / مغني اختراع :

٥٠/٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢١٨/٣ .

بيان ذلك : أن خيار العيب لا يمنع انعقاد العقد بل ينعقد العقد صحيحا نافذا لازما من جهة البائع وغير لازم من جهة المشتري فيثبت الملك للمشتري في الحال إلا أنه ملك غير لازم ؛ لأن السلامة شرط في العقد دلالة فإذا لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه ^(١). وإذا قلل الممْلِك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيبا في محل العقد ولم يطلع عليه عند التعاقد ، وذلك إذا توفرت في العيب الشروط اللازمة توفرها فيه ليثبت به الخيار ^(٢).

رابعا . خيار التدليس .

خيار التدليس هو : فعل يزيد به الثمن ، كتصرية اللبن في الضرع ، وجمع ماء الرحي وإرسالها عند عرضها ، وتحسين شكل السيارة المستعملة ، فيظن المشتري أن هذه صفاتها فيزيد في الثمن . فهذا يثبت للمشتري خيار الرد عند القائلين به ، وهو مذهب أبي يوسف من الحنفية ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد وعامة أهل العلم خلافا لأبي حنيفة ومحمد ابن الحسن ^(٣) .

خامسا . خيار التعيين .

إذا اقترن العقد بخيار التعيين ، فإن كان الخيار للمشتري ، نفذ وثبت الملك للمشتري في أحد الأشياء غير عين ، وإن كان الخيار للبائع ، لم يزل شيء عن ملكه . ولكن عقد البيع بخيار التعيين يكون غير لازم ، فإن كان الخيار للمشتري كان له أن يرد الأشياء جميعا — في مدة الخيار — ولا يلزمه أخذ شيء منها ، وإذا كان الخيار للبائع ، كان له فسخ البيع في مدة الخيار واسترداد كل الأشياء ، ولا يلزمه ترك شيء منها للمشتري .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٣/٥ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٥٠/٢ وما بعدها ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢١٨/٣ .

(٢) انظر ضابط العيب الذي يوجب الخيار وشروط ثبوته في : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٧٤/٥ ؛ الشربيني / ٢٧٦ ؛ البغدادي / المعونة : ١٠٦٣/٢ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٣١/٢ ؛ ١٣٣ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٨٦/١ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٦٥/٣ — ٤٦٦ ، ٤٧٢ ، ٤٧٣ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٥٥ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٥٠ — ٥٢ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢١٦/٣ — ٢١٨ .

(٣) انظر : ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٤٤/٥ ؛ البغدادي / المعونة : ١٠٧٣/٢ ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٨٢/١ ؛ الماوردي / الحاوي : ٢٨٦/٦ — ٢٨٧ ؛ المرداوي / الإنصاف : ٣٩٨/٤ — ٣٩٩ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٨٩/٤ — ٩٠ ؛ ابن القيم / إعلام الموقعين : ١٥/٢ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ١٧٣/٢ — ١٧٤ .

ولمن له الخيار أن يختار أحد الأشياء في مدة الخيار ليكون المبيع ، وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يختار من له الخيار ينرم البيع في أحدها ، وعلى من له الخيار أن يعين عند الحنفية ^(١) ، ونقض البيع في جميع الأشياء عند المالكية ^(٢) .

سادسا — خيار النقد .

خيار النقد ملحق بخيار الشرط ؛ لأن الخيار فيه يثبت بالشرط ، بل هو في الحقيقة نوع من خيار الشرط لثبوته بالشرط .

وخيار النقد يمنع الحكم عند القائلين به كخيار الشرط ، فلا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره ، ولا الثمن عن ملك المشتري مع خياره ، ولو كان الخيار لهما معا فإنه يمنع نقل ملك كل منهما للآخر ^(٣) .



(١) انظر: الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٦١/٥ — ٢٦٢ .

وفيه : " إن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم للمشتري أن يردهما جميعا لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لأن حواز هذا البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك "

(٢) انظر: الخروشي / الخروشي على مختصر خليل : ١٢٥/٥ .

(٣) انظر : الحصكفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥٧٢/٤ ؛ ابن قدامة / الشرح الكبير : ٦٧/٤ .

المبحث الخامس — حكم ورود الخيار وعدمه على العقود اللزّمة
والجائزة :

في معرض حديث الفقهاء عن الخيارات بيّنوا حكم قبول العقود اللزّمة والجائزة الخيار
وعدم قبولها ، كما ذكر بعض الفقهاء القاعدة العامة لمذهبهم في ثبوت الخيار وعدمه على
أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وقابلية الفسخ ، وفيما يلي بيان ذلك :

أولا . الحنفية :

ذكر فقهاء الحنفية عند الحديث عن كل نوع من أنواع الخيارات العقود التي يصحّ فيها
والتي لا يصحّ فيها ، وجاء في جامع الفصولين الحديث عن الخيارات وما تثبت فيه من
التصرفات في الفصل الخامس والعشرين ^(١) ، فذكر أن الخيارات أنواع :

منها : ما ثبت في تصرفات تحتمل الفسخ لا فيما لا تحتمله ، مثل النكاح والطلاق
والعتق .

ومنها : ما ثبت فيما لا يحتمل الفسخ لا فيما يحتمله .

أما الخيارات التي لا تثبت فيما لا يحتمل الفسخ فمنها خيار الشرط ، فإذا تزوج بشرط
الخيار لهما أو لأحدهما يصحّ النكاح لا الشرط .

ومنها : خيار الرؤية ، لا يثبت في النكاح لا في المرأة ولا في المهر .

ومنها : خيار العيب ، وهو حق الفسخ بعيب ، لا يثبت في النكاح فلا تترد المرأة
بعيب ما ، واختلفوا في جانب الزوج فيما يرد به من العيوب ^(٢) .

^(١) انظر : ابن قاضي سمانه / جامع الفصولين : ٣٢٤/١ وما بعدها .

^(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٢٢/٢ ، ٣٢٦ .

وزعم المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن خيار العيب يثبت في النكاح للرجل وللرأة ، جاء في المعونة :
٧٧٠/٢ — ٧٧١ : " وإذا وجد بالمرأة عيب يؤثر في المعنى المقصود بالنكاح ويمنع الانتاذ واستيفاء الاستمتاع
فالزوج بالخيار إذا علم بذلك قبل الدخول إن شاء ثبت على النكاح ودفع الصداق ودخل ، وإن شاء فارق ولا
صداق عليه ... وإن لم يعلم بالعيب حتى دخل فحق الخيار ثابت له ، لأنه لم يوجد منه رضا به فلم يسقط
خياره ، ويدفع العوض من الاستمتاع " . [وانظر : البغدادي / المعونة : ٧٧٢/٢ ؛ الشيرازي / المهذب :
٤٨/٢ — ٥٠ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٤٨/٣ — ٥١] .

وأما الخيارات التي تتعلق بالنكاح فأربعة : خيار المُنْخِيَرَة^(١)، وخيار العتق^(٢)، وخيار
الفسخ بعدم الكفاءة^(٣)، وخيار البلوغ^(٤).

وأما الخيارات التي تثبت في عقود تحمل الفسخ أنواع : منها خيار شرط ، ورؤية ،
وعيب ، وتعيين ، وتفريق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض ، والاستحقاق .

أما خيار الشرط فيصح في عقد البيع وما في معناه من العقود وهي كل عقد لازم
يحتل الفسخ بالتراضي ، ولا يشترط في صحته القبض ، ولو كان لزومها من جانب
واحد ، كالزراعة ، والمعاملة ، والإجارة ، والقسمة ، والصلح عن مال ولو بغير عَيْنٍ ،
والرهن للرهن ، وخلع على مال لو شَرَطَ لزوجة^(٥) ، والكفالة بنفس أو مال ، والجوالة ،
والإبراء على قول^(٦) ، وتسليم الشفعة بعد الطلبين ، والإقالة .

ولا يصح شرطه في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ بعد تمامها كالنكاح ، والطلاق ،
والخلع في جانب الزوج ، والصلح عن القصاص ، والرهن للمرتهن ، واليمين والنذر ،
والإقرار — إلا الإقرار بعقد يقبله — ، والإبراء ، والهبة .

وكذا كل عقد يُشترط في صحته القبض في مجلس العقد كالصرف والسلم .

وكذا العقود غير اللازمة كالوكالة والوديعة والعارية والهبة والوصية^(٧) .

(١) صورته : أن يقول لامرأته اختاري نفسك أو اختاري بنوي به الطلاق ، فلها الخيار في مجلسها وإن تطاول .

انظر : ابن قاضي سماوه / جامع الفصولين : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٢٨/٢ .

(٢) إذا عتقت الأمة المنكوحة أو المدبرة أو أم الولد ، فلها حق الفسخ قبل الدخول أو بعده حراً كان زوجها أو قناً ، وكذا المكاتب الصغيرة أو الكبيرة إذا عتقت بأداء أو تحرير تنخير . [انظر : ابن قاضي سماوه / جامع الفصولين : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٢٨/٢] .

(٣) انظر : ابن قاضي سماوه / جامع الفصولين : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣١٧/٢ .

(٤) وهو أن غير الأب والجد لو زوّج صبياً أو صبياً ثم بلغا فلها خيار الفسخ ، ولو زوجهما القاضي أو الأم روثان ، والظاهر هو الخيار . [انظر : ابن قاضي سماوه / جامع الفصولين : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع : ٣١٥/٢] .

(٥) لأن العقد في جانبها لازم يحمل الفسخ ، بخلاف الزوج فإن العقد وإن كان لازماً في جانبها إلا أنه لا يحمل الفسخ لأنه يمين . [انظر : ابن عابدين / حاشية ابن عابدين علي الدر المختار : ٥٧٠/٤] .

(٦) وفيه خلاف . [انظر : ابن عابدين / حاشية ابن عابدين علي الدر المختار : ٥٧٠/٤ ؛ حيدر / درر الحكم شرح مجلة الأحكام : ٢٤٤/١] .

(٧) انظر : ابن قاضي سماوه / جامع الفصولين : ٣٢٩/١ — ٣٣٠ ؛ ابن عابدين / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ٥٧٠/٤ ؛ ٥٧١ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ٣/٦ — ٤ ؛ حيدر / درر الحكم شرح مجلة الأحكام : ٢٤٤/١ — ٢٤٥ .

وأما خيار الرؤية فيثبت في أربعة مواضع : الشراء للأعيان اللازم تعيينها ، والإيجرة ، والقسمة ، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه ؛ لأن كلا منها معاوضة .

ولا يثبت في الديون كالمسلم فيه ، والأثمان الخالصة كالدراهم والدنانير ، والعقود التي لا تحتل الفسخ كالمهر في النكاح ، وبذل الخلع ، وبذل الصلح عن القصاص ^(١) ، ولا يثبت في البيع الفاسد ؛ لوجوب فسخه بدونه ^(٢) .

أما خيار العيب فيثبت في الشراء ، والمهر ، وبذل الخلع ، وبذل الصلح عن دم العمد ، وفي الإجارة ، ولو حدث العيب في العين المؤجرة بعد العقد والقبض بخلاف البيع فإنه لا يُردُّ بعيب حدث بعد القبض ، وفي القسمة ، والصلح عن مال ^(٣) .

ثانياً . المالكية :

ذكر فقهاء المالكية العقود التي يصحُّ فيها خيار العيب والتي لا يصحُّ فيها : أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي عقود المعاوضات ، وأما العقود التي لا يقصد منها المعاوضة فلا خلاف أيضاً أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالهبة والصدقة .

وأما ما بين هذين القسمين من العقود وهو ما جمع بين قصد المكارمة والمعاوضة ، كهبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيه بوجود العيب ، وقيل يحكم به إذا كان العيب مفسداً ^(٤) .

ولم ينصَّ فقهاء المالكية عند الحديث عن أنواع الخيارات الأخرى ، العقود التي تصحُّ فيها والتي لا تصحُّ فيها ، والظاهر موافقتهم لجمهور الفقهاء في أصل هذه القاعدة ، كما يلي :

أولاً — العقود اللازمة من الطرفين : وهي نوعان :

(١) " وإن كانت أعياناً ؛ لأنه لا يفيد فيه ؛ لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائماً ، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبداً " . [ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٥٩٣/٤] .

(٢) انظر : ابن نجيم / البحر الرائق : ٢٨/٦ ؛ ابن عابدين / الدر المختار وحاشية رد المختار عليه : ٥٩٢/٤ — ٥٩٣ ؛ ابن قاضي سماره / جامع الفصولين : ٣٣٤/١ ، وفيه : أن خيار الرؤية وخيار العيب يثبتان في البيع الفاسد .

(٣) انظر : ابن قاضي سماره / جامع الفصولين : ٣٣٩/١ — ٣٤٠ ؛ ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ٣/٥ .

(٤) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٣١/٢ .

أحدهما : عقود لازمة يُقصدُ بها العوض ، كالبيع وما في معناه ، يثبت فيها الخيار . ويستثنى من هذه الطائفة كل عقد يُشترط في صحته القبض في مجلس العقد كالصرف والسلم .

جاء في المبعونة : " البيع جائز بشرط الخيار لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حبان : ((واشترط الخيار ثلاثاً))^(١) ، وقوله صلى الله عليه وسلم ((المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار))^(٢) ، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأمل ما يبتاعه واختياره فجاز ذلك " (٣) .

الثاني : عقود لازمة لا يُقصدُ بها العوض ، كالنكاح والخلع ، فلا خيار فيها .
ثانياً — العقود الجائزة ، إما من الجانبين ، كالشركة والوكالة ، والقراض ، والوديعة ، والعارية ، وإما من أحدهما ، كالضمان ، فلا خيار فيها استغناءً بجوارها والتمكن من فسخها بأصل وضعها .

ثالثاً . الشافعية :

قاعدة الشافعية في قبول العقود اللازمة ، والجائزة الخيار أو عدم قبولها هي على النحو التالي :

أولاً — العقود اللازمة من الطرفين : لا يثبت فيها خيار مؤبد ، ولا يفسخ بموت أحد أو بموت أحدهما أو بجنونه أو إغمائه .

نعم إن كان الجائز يؤول إلى اللزوم^(٤) انفسخ كالبيع في زمن الخيار ينتقل للوارث . قال الزركشي^(٥) : " العقد اللازم شرع فيه الخيار والإقالة ؛ لأن العاقد لا يملك فسخ

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٢٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ٢٥٨ .

(٣) ١٠٤٢/٢ .

(٤) المراد بقوله آيل إلى اللزوم : أي يلزم بنفسه عند انقضاء الخيار ، لا بفعل فاعل ، بخلاف الكتابة من جهة العبد فإنها جائزة ابتداء إلى أن يريد دفعها . [الزركشي / المنشور في القواعد : ٤٠١/٢] .

(٥) محمد بن حماد بن عبد الله الزركشي (٧٤٥ — ٧٩٤ هـ) : أبو عبد الله ، بدر الدين ، من فقهاء الشافعية أصولي ، ومحدث ، وأديب . تركي الأصل ولد بمصر وتوفي بها . أخذ عن جمال الدين الإسفري ، وسراج الدين البلقيني ، ورحل إلى حلب ، وسمع الحديث بدمشق وغيرها ، ودرس وأفتى .
من تصنيفاته : (البرهان في علوم القرآن) ، و (شرح علوم الحديث) لابن الصلاح ، و (شرح الأربعين للنووي ، و (البحر المحيط) في أصول الفقه ، و (المنشور) يُعرف بقواعد الزركشي ، و (الديباج في توضيح المهاج) في الفقه ، و (التفتيح في شرح الجامع الصحيح) .

[انظر : البغدادي / هدية العارفين : (١٧٤/٢ — ١٧٥) ؛ ابن العماد / شذرات الذهب : (٣٣٥/٦) ؛ الزركلي / الأعلام : (٦٠/٦ — ٦١) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (١٢١/٩ — ١٢٢)] .

العقد مطلقاً بخلاف الجائز " (١) .

ثانياً — العقود اللازمة في حق أحد الطرفين : لا يثبت فيها الخيار لمن هي لازمة في حقه دون من هي غير لازمة في حقه ، فإن شَرَطَ الخيار في الجهة التي لا خيار فيها أو أسقطا الخيار في جهة الإختيار بطلت .

ثالثاً — العقود التي لا تلزم في الحال وتفضي إلى اللزوم : منها : " الجعالة ، والعتق بعوض ، واستهلاك المال بالضمان ، كقوله : ألق متاعك في البحر وعليّ قيمته ، والقروض ، والهبة " (٢) ، فيثبت فيها الخيار للعاقدين قبل اللزوم دون ما بعده ، فلو شرطاً إسقاطه قبل اللزوم ، أو إثباته بعد اللزوم بطلت .

رابعاً — العقود الجائزة من الطرفين : الخيار فيها مؤبد ولو شَرَطَ إسقاطه بطلت (٣) . وذكر فقهاء الشافعية عند الحديث عن خيار المجلس العقود التي يثبت فيها خيار المجلس والتي لا يثبت ، وكذلك خيار الشرط ، وبيان ذلك كما يلي :

أ — العقود التي يثبت فيها خيار المجلس والتي لا يثبت (٤) :

جملة القول في ذلك أن العقود قسمان :

أحدهما : العقود الجائزة ، إما من الجانبين ، كالشركة والوكالة ، والقراض ، والوديعة ، والعارية ، وإما من أحدهما ، كالضمان ، والكتابة ، فلا خيار فيها .

وكذا الرهن لو كان الرهن مشروطاً في بيع وأقبضه قبل التفريق ، أمكن فسخ الرهن ، بأن يفسخ البيع ، فينفسخ الرهن تبعاً .

الثاني : العقود اللازمة ، وهي نوعان :

الأول : عقود واردة على العين ، كالصرف ، وبيع الطعام بالطعام ، والتولية ، والتشريك ، وصلاح المعاوضة ، فيثبت فيها خيار المجلس (٥) .

(١) المنثور في القواعد : ٤٠٠/٢ .

(٢) المرجع السابق : ٣٩٩/٢ .

(٣) انظر: الزركشي/ المنثور في القواعد : ٣٩٩/٢ — ٤٠١ ؛ الماوردي / الحاوي : ٣٢/٦ — ٣٤ .

(٤) انظر: السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٥٤ ؛ النووي / المجموع : ١٧٥/٩ ، ١٧٨ ؛ الرملي / نهاية المحتسج : ٣/٤٥ — الشريني / مغني المحتاج : ٤٣/٢ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٣٥/٣ — ٤٣٨ .

(٥) ويستثنى من ذلك صور لا خيار فيها : منها الحوالة فإنها وإن جُعِلَت معاوضة فليست على قواعد المعاوضات . ومنها قسمتا الإفراز والتعديل سواء أكانتا بإيجاب أم بتراض ، إذا قلنا أنها في حالة التراضي بيع ، لأنه لو امتنع منها الشريك أجبر عليهما ، والإيجاب ينائي الخيار ، وهذا هو المعتمد . —

الثاني : عقود واردة على المنفعة ، كالنكاح ، ولا خيار فيها ، ولا خيار في الصداق على الأصح ، وكذا عوض الخلع .
ومنها : الإجارة ، وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان ، أصحهما عند الأكثرين لا يثبت . قال القفال ^(١) : الخلاف في إجارة العين أما الإجارة على الذمة ، فيثبت فيها قطعاً كالسلم .

ب — العقود التي يثبت فيها خيار الشرط والتي لا يثبت ^(٢) :

جملة القول في ذلك هي : أن خيار الشرط وخيار المجلس يتلازمان في الأغلب ، إلا أن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتاً من خيار الشرط ؛ لأن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط .

وعلى هذا فإذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط : يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق ، وهو وجه ؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع ، فلا يحتاج إلى شرط ، وقد يقال لا معارضة بينهما عند من يجوز اجتماع علتين ^(٣) .

ويتفق خيار الشرط مع خيار المجلس في صور الخلاف والوفاق ، إلا في نوع من البيوع وهو ما يشترط فيه القبض في المجلس ؛ لأنه لا يحتمل التأجيل ، فلا يثبت فيه خيار الشرط ، سواء أكان يشترط فيه القبض من الجانبين كالصرف ، أم من أحدهما كالسلم .
ولا يثبت في غير أنواع البيع ، كالفسوخ والعق والإبراء والنكاح والإجارة .

— ومنها صلح الخطيطة ، والإبراء ، والإقالة إن قلنا هي فسخ . [انظر : الشريبي / معني احتجاج : ٤٣/٢ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٣٧/٣ ؛ النووي / المجموع : ١٧٧/٩] .
وانظر المزيد من الصور المستثناة في : النووي / روضة الطالبين : ٤٣٥/٣ — ٤٣٧ .

^(١) عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، المعروف بالقفال المروزي ، يفتح الميم والواو (٣٢٧ — ٤١٧هـ) : أبو بكر فقيه شافعي . شيخ الخرسانيين من الشافعية . كان في ابتداء أمره يعمل الأقفال ، لذا لُقب بالقفال ، وربما سمي (القفال الصغير) تمييزاً له عن القفال الشافعي الكبير المتوفى ٣٦٥ هـ . فلما أتى عليه ثلاثون سنة اشتغل بالعلم . تلقى على الشيخ أبي زيد المروزي ، وسمع منه ، ومن الخليل بن أحمد القاضي ، وجماعة ، وحديث وأملى . توفي في سجستان . من تصانيفه : (شرح فروع بن الحداد) في الفقه ، و(شرح المختصر) . [انظر : هداية الله الحسين / طبقات الشافعية : (١٣٤-١٣٥) ؛ ابن السبكي / طبقات الشافعية الكبرى : (٥٣/٥ — ٦٢) ؛ كحالة / معجم المؤلفين : (٢٦/٦)] .

^(٢) انظر : السيوطي / الأشباه والنظائر : ٤٥٤ ؛ الشريبي / معني احتجاج : ٤٧/٢ ؛ النووي / روضة الطالبين : ٤٤٧/٣ — ٤٤٨ .

^(٣) السيوطي / الأشباه والنظائر (بتصرف) : ١٤٩ — ١٥٠ .

رابعا . الختابة :

العقود اللازمة والجائزة باعتبار قبولها الخيار أو عدم قبولها ستة أقسام ^(١) :

القسم الأول : عقد لازم يُقصد منه العوض وهو البيع وما في معناه ، وهو نوعان : أحدهما : يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط ، وهو : البيع فيما لا يُشترط فيه القبض في المجلس ، والصلح بمعنى البيع ، والهبة بعوض على إحدى الروايتين ، والإجارة في الذمة نحو أن يُقال : استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه ، فهذا يثبت فيه الخيار ؛ لأن الخيار ورد في البيع وهذا في معناه .

فأما الإجارة المُعينة فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط ؛ لأن دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار ، وكلاهما لا يجوز . وقيل : يثبت فيها الخياران قياساً على البيع .

وأما الشفعة فلا خيار فيها ؛ لأن المشتري يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه كما في فسخ البيع بالرد بالعيب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس ؛ لأنه قبل المبيع بثمنه كالمشتري .

ثانيهما : ما يشترط فيه القبض في المجلس ، كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه ، فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة .

ويثبت في هذه الطائفة من العقود خيار المجلس في الصحيح من المذهب .

القسم الثاني : عقد لازم لا يقصد به العوض ، كالنكاح والخلع والوقف والهبة ، فلا يثبت فيه خيار .

القسم الثالث : لازم من أحد طرفيه دون الآخر ، كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرهن ، فلا يثبت فيه خيار ؛ لأن المرهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر ، والراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض ، وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما ؛ لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغين ، وكذلك المكاتب .

^(١) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٣٠/٤ — ١٣٣ ، ابن قدامة / الشرح الكبير على من الممتع : ٦٩/٤ — ٧١ ، ٧٥ ، البهوي / شرح منتهى الإرادات : ١٦٧/٢ ، ١٦٩ ، المرادوي / الإنصاف : ٣٧٤/٤ — ٣٧٥ .

القسم الرابع : عقد جائز من الطرفين ، كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية ، فهذه لا يثبت فيها خيار ؛ لقدرة كل عاقد على الرجوع عن العقد وفسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك .

القسم الخامس : وهو متردد بين الجواز واللزوم ، كالمساقاة والمزارعة ، والظاهر أنهما جائزان ، فلا يدخلهما خيار . وقيل : هما لازمان ، ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان . والسبق والرمي والظاهر أنهما جعالة ، فلا يثبت فيهما خيار . وقيل : هما إجارة ، فيثبت فيهما الخيار .

القسم السادس : عقد لازم يستقلُّ به أحد المتعاقدين ، كالحوالة والأخذ بالشفعة ، فلا خيار فيهما ؛ لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، وإذا لم يثبت الخيار في أحد طرفي العقد لم يثبت في الآخر كسائر العقود ، وقيل : يثبت الخيار للحميل والشفيع ؛ لأنهما معاوضة يقصد فيها العوض كالبيع .



المبحث السابع : الفسخ في العقود اللازمة وغير اللازمة .

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : أسباب الفسخ في العقود اللازمة .

وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول . الفسخ بسبب فساد العقد ^(١) .

العقد الفاسد واجب الفسخ ، ووجوب الفسخ ثبت حقا لله تعالى لدفع الفساد ^(٢) .

الفرع الثاني . الفسخ بسبب الخيار .

وقد تقدم أن الخيار في العقد يجعله قابلا للفسخ . قال الكاساني : " وأما شرائط جواز

الفسخ فمنها قيام الخيار لأن الخيار إذا بطل ، فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ " ^(٣) .

الفرع الثالث . الفسخ بالإقالة .

الإقالة سبب من أسباب الفسخ الاختياري التي ترد على العقود اللازمة بطبيعتها كالبيع

والإجارة . ويترتب عليها انحلال العقد ، فيرتفع حكمه ^(٤) .

ولذلك يجب أن يكون العقد منعقدا في حق الحكم حتى ترد عليه الإقالة ، فإذا لم ينعقد

في حق الحكم كأن هلك المبيع قبل الإقالة أو بعد الإقالة وقبل الرد ، لم تصح الإقالة ، لأنه لم

يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع ^(٥) .

(١) المراد بالفساد المبين للبطل بناء على قول الحنفية بالتفرقة بين العقد الباطل والفساد ؛ لأن العقد الباطل

والفساد مرادف له عند جمهور الفقهاء لا يحتاج إلى فسخ كما سبق تقريره في الفصل الثاني من هذا الباب .

انظر ، ص : ١٨٧-١٨٨ ، ١٩٢ .

(٢) وقد تقدم بيان ذلك تفصيلا في الفصل الثاني من هذا الباب ، ص : ٢٠٢ .

(٣) بدائع الصنائع : ٢٧٣/٥ ، ٣٠٦/٥ . وانظر : ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ١٢١/٥ ؛

الزركشي / المتور في القواعد : ١٥٠/٢ — ١٥١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٧ .

(٤) انظر : ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار : ١١٩/٥ — ١٢٠ ، ١٢٤ ؛ الكاساني / بدائع

الصنائع : ٣٠٦/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٦٣) وشرحها درر الحكام : ١١٢/١ ؛ ابن نجيم / البحر

الرائق : ١١٠/٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٧ ؛ البهوتي / كشف القناع : ٢٤٨/٣ — ٢٤٩ .

(٥) انظر : ابن عابدين / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : ١٢٨/٥ ؛ الكاساني / بدائع الصنائع :

٣٠٩/٥ ؛ ابن نجيم / البحر الرائق : ١١٤/٦ — ١١٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٩٤) : ١٤٥/١ ؛

البيهقي / كشف القناع : ٢٥٠/٣ .

فائدة : في ذكر وجه الشبه والفرق بين الفسخ بالإقالة والفسخ بالخيار :

تشبه الفسخ بالإقالة الفسخ بالخيار في أن كلا منهما سبب من أسباب فسخ العقود المالية اللازمة للقابلة للفسخ ^(١).

أما وجه الفرق بينهما فيظهر من خلال الجدول التالي :

الفسخ بالإقالة	الفسخ بالخيار
أولاً — لا بد من التقاء الإرادتين على فسخ العقد .	— من ثبت له الخيار يملك فسخ العقد دون توقف على رضا التعاقد الآخر .
ثانياً — الإقالة لا تكون إلا حيث يكون العقد لازماً من الطرفين .	— الخيار يجعل العقد غير لازم في حق من هو له .

الفرع الرابع . الفسخ لعدم إمكان التنفيذ .

الأصل في العقود اللازمة في حق الطرفين — وهي عقود المعاوضات اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات إذا تَمتَّت صحيحة لازمة ولم يَقم أحد التعاقدين بتنفيذ التزامه فليس للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد ، بل عليه مطالبة المدين بتنفيذ التزامه أو بالضمان حسب ما يقتضيه الحال ، وعليه هو تنفيذ ما وجب عليه من التزام .

ويُستثنى من الأصل السابق بعض الحالات التي يجوز فيها لأحد المتعاقدين المطالبة بفسخ العقد عند تعذر قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، ومنها : الهلاك ، والاستحقاق ، والرد بالعيب ، وهذا شامل للأعيان الواجب تسليمها ، وللديون التي تكون في الذمم كبديل القرض وثن المبيع والأجرة في الإجارة ، أو التي تنشأ نتيجة إنفاذ مال الغير على خلاف وتفصيل — ينظر في مظانه — ^(٢).

ومرد هذه الأحوال المستتة إلى أمرين :

الأول : انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٣٠٦/٥ .

(٢) انظر : السنهوري / مصادر الحق : ٦ / ٢٣٠ — ٢٣٢ .

فإذا انعدم محل العقد أو فأت منفعة المقصودة ، بأن هلك كلياً أو جزئياً أو لحقه عيب أو نقص مقداره أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعة المقصودة ، فإن العقد يصبح قابلاً للفسخ بسبب الخلل الذي أصاب محله ^(١).

الثاني : عقد الإجارة خاصة .

فلا خلاف بين الفقهاء في أن الإجارة تقبل الفسخ ؛ إما لأسباب ترجع للعين المؤجرة ، وإما لأسباب ترجع إلى الأجرة .

فالقاعدة أن العين المؤجرة إذا هلكت أو استحقت أو حدث بها عيب أو ما يفوت منفعتها المقصودة على المستأجر ، فللمستأجر فسخ عقد الإجارة عن المدة التي لم يستوف فيها منفعة العين .

وأيضاً يجوز للمؤجر فسخ الإجارة إذا لم يف المستأجر أجرة العين ، وإذا امتنع الأجير عن تكميل العمل فلا أجرة لما عمله قبلاً ، وكذا الأجير له فسخ الإجارة إذا لم يستوف أجره ^(٢).

(١) انظر : مجلة الأحكام العدلية (م : ٢٩٣) وشرحها درر الحكماء : ٢٣٣/١ (م : ٣٣٧) ؛ ٢٨٥/١ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ١٠٨/٣ ، ١٤٧ ؛ الرمي / نهاية المحتاج : ٧٦/٤ وما بعدها ؛ الشيرازي / المهذب : ٢٨٤/١ ، ٢٩٦ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٧ — ٢٨٨ ؛ البهوتي / كشاف القناع : ٢١٨/٣ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١٤/٤ .

(٢) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٩٥/٤ — ١٩٦ ؛ المحصفي / الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه — حيث عقد باها في فسخ الإجارة — : ٧٦/٦ ؛ ابن رشد / بداية المجتهد : ١٧٣/٢ ؛ الدردير / الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢٩/٤ — ٣١ ؛ الماوردي / الحاوي : ٢٠٨/٩ ؛ الشربيني / مغني الخسلاج : ٣٤٦/٢ ، ٣٤٨ ؛ الشيرازي / المهذب : ٤٠٥/١ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٩ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٧١/٢ — ٣٧٦ ؛ ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٥٦/٦ — ٥٧ .

قال ابن قدامة : إن من استأجر عبداً مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة [وذكر خمسة أقسام] : أحدها : أن تلف العين كذا تنفق ، أو عبد يموت ، فذلك على ثلاثة أضرب : أحدها : أن تلف قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف تعلمه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه . الثاني : أن تلف عقيب قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء ، إلا أبي ثور حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر لأن المعقود عليه أتلّف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط لأن المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين . الثالث : أن تلف بعد مضي شيء من المدة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة .

القسم الثاني : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدأر الغدتم وأرض غرقت أو انقطع ماؤها ، فهذه ينظر فيها ، فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له ، انفسخت الإجارة أيضاً ؛ لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الإجارة . =

وهل تنفسخ الإجارة بالعدر الحادث عند إرادته ؟

اختلف الفقهاء في الفسخ بسبب العذر في الإجارة على قولين :

القول الأول : تنفسخ الإجارة بالعدر ، وضابط العذر الموجب للفسخ عند إرادته هو كل فعل سبب نقص المال أو تلفه ، كما لو استأجره ليخطط له ثوبه أو ليقصر أو ليقطع أو يني بناء أو يزرع أرضه ثم ندم ، فله الفسخ .
وهو مذهب الحنفية ^(١) ، والظاهرية ^(٢) .

وجه هذا القول : أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر لزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر ، وله ولاية ذلك ^(٣) .

وأجاب جمهور الفقهاء عن ذلك بأن : كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال ، لزمهما ما لم يحدث بالعوضين نقص . وأيضا فإن العقد إذا لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث العذر ^(٤) .

= وأما إن أمكن الانتفاع بالعين فيما اكترها له على نعت من القصور ، لم تنفسخ الإجارة لأن المنفعة المعقود عليها لم تنزل بالكلية فأشبه ما لو تعبت ، وللمستأجر الخيار بين الفسخ والإمضاء .

القسم الثالث : أن تعصب العين المستأجرة للتمتع بالفسخ لأن فيه تأخير حقه ، فإن فسح فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل .

القسم الرابع : أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها ، كما إذا شردت الدابة ، ثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن لم يفسخ انفسخت الإجارة يوما فيوما ، فإن عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها ، فإذا انقضت المدة ، انفسخت الإجارة لقوات المعقود عليه .

القسم الخامس : أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزراعة ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأنبت الخيار كعصب العين .

وقال أيضا : وإذا اكترى عبدا فوجد بها عيبا لم يكن يعلم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه . [انظر : المعني على مختصر الخرقى : ٢٩/٦ — ٣٥] .

(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ١٩٧/٤ ؛ ابن عابدين / حاشية رد مختار على الدر المختار : ٨١/٦ .

(٢) انظر : ابن حزم / المحلى : ١٠/٧ .

(٣) الكاساني / بدائع الصنائع (بتصرف) : ١٩٧/٤ .

(٤) انظر : الماوردي / الحاوي : ٢٠٨/٩ .

القول الثاني : لا تفسخ الإجارة بالعذر ، كأن يستأجر دكانا لبيع فيه بضاعة ، فتحترق بضاعته . ومحل عدم الانفساخ في غير العذر الشرعي ، لإغن وجد عذر شرعي انفسخت ، كمن استأجر شخصا لقلع سن مؤلة فزال الألم فإن الإجارة تفسخ . وهو قول المالكية ^(١) ، والشافعية ^(٢) ، والحنابلة ^(٣) .

وجه هذا القول :

- ١- قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٤) ، فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد مالم يوجد دليل يخصصه ^(٥) .
- ٢- أن الإجارة عقد لازم لا يجوز فسخه لغير عذر ، فلم يجز فسخه لعذر في غير المعقود عليه ، كالبيع لا يجوز فسخه لعذر في غير المعقود عليه كالحلل الحادث بالعيب ^(٦) .
- ٣- أن الإجارة عقد على المنافع ، كالنكاح فلم يجز فسخها لعذر في غير المعقود عليه ^(٧) .
- ٤- " ولأن كل سبب لا يملك به المؤجر الفسخ ، لم يملك به المستأجر الفسخ ، كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجبا لفسخ المؤجر ، كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجبا لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر " ^(٨) .
- ٥- ولأن المستأجر ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا ^(٩) .

الترجيح :

الراجح في نظري هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة القائلين بعدم فسخ الإجارة بالعذر ؛ لأن الإجارة عقد لازم ، والقول بأن الإجارة تقبل الفسخ

(١) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٧٣/٢ ؛ ابن جزي / القوانين الفقهية : ١٨٣ .

(٢) انظر : الشربيني / مغني المحتاج : ٣٥٥/٢ ؛ الماوردي / الحاوي : ٢٠٨/٩ .

(٣) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٥/٦ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٧٣/٢ .

(٤) سورة المائدة : آية ١ .

(٥) الماوردي / الحاوي : ٢٠٨/٩ .

(٦) انظر : الماوردي / الحاوي : ٢٠٩/٩ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٧٣/٢ .

(٧) انظر : ابن رشد / بداية المجتهد : ١٧٣/٢ .

(٨) الماوردي / الحاوي : ٢٠٨/٩ .

(٩) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ٣٥/٦ .

بالعذر يخالف هذا اللزوم ، ولما تقدم بيانه من أدلة . ثم إن العاقد يستطيع التحلل من هذا العقد بالإقالة إن رضي العاقد الآخر .

هـ . انتهاء مدة العقد أو انتهاء غرضه .

ينفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو تحقيق غرضه المقصود ، فعقد الإجارة المؤقت بمدة ينتهي بانتهاء مدته ، وينتهي عقد الرهن والكفالة بسداد المدين الدين ، والوكالة المعينة تنتهي بتنفيذ الوكيل ما وكل به وهكذا .

المطلب الثاني — الفسخ في العقود غير اللّزمة (الجائزة) :

الفسخ في العقود غير اللّزمة تقرر طبيعة العقد ذاته ، سواء أكان في العقود غير اللّزمة من الجانبين كالإيداع والإعارة ، فلكل من الطرفين فسخ العقد متى أراد وعدم الالتزام بمقتضاها ، أم في العقود اللّزمة من جانب ، وغير اللّزمة من الجانب الآخر كالرهن والكفالة ^(١) .

وإذا فالالتزامات التي تنشأ عن هذه الطائفة من العقود يجوز الوفاء بها ولا يجب وذلك نظرا لطبيعة العقد ذاته من ثبوت حق الفسخ للعاقدين أو أحدهما .

وها هنا قاعدة ينبغي ذكرها :

قاعدة : العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع وصارت لازمة ^(٢)

مفهوم القاعدة : أن العقود الجائزة بطبيعتها غير لازمة للمتعاقدين ، ولكل منهما أن يستقل بفسخ العقد من غير رضا الآخر ، إلا أنه إذا اقتضى فسخ العقد وقوع ضرر على أحد المتعاقدين أو غيرها ممن له تعلق بالعقد ، امتنع فسخ العقد وصار لازماً ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز حينئذ الفسخ ^(٣) .

(١) انظر : ابن نجيم / الأشباه والنظائر : ٣٣٦ ؛ القراني / الفروق (الفرق : ٢٠٩) : ١٣/٤ ؛ الآبي / جواهر الإكليل : ١٧٧/٢ ، الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٧/٣ ؛ النووي / المجموع : ١٧٥/٩ ؛ الشيرازي / المهذب : ١/٣٤٨ ، ٣٥٦ ، ٣٦٣ ؛ السيوطي / الأشباه والنظائر : ٢٨٩ ؛ البهوتي / شرح منتهى الإرادات : ٣٠٥/٢ .

(٢) الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٠١/٢ . وانظر : ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٦٠) :

١٠٤ .

(٣) انظر : ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٦٠) : ١٠٤ .

من صورها : للوصي عزل نفسه إلا أن يتعين عليه أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم عليه من قاض وغيره ، وكذلك الشريك .

ومنها : المضاربة تنفسح بفسخ المالك ، إلا أن عامل القراض لا ينزل حتى ينض رأس المال ويعلم به المالك ؛ فلما يتضرر بتعطيل ماله عن الربح ، ولتعلق حق العامل بربحه .
ومنها : الموصى إليه ، له الرد بعد القبول في حياة الموصي وبعده ، وقيد ذلك بما إذا وجد حاكما للما يضيع إسنادها فيقع الضرر ^(١) .

فائدة - في ذكر الفرق بين الفسخ والانفساخ :

ذكر الإمام القرافي — رحمه الله — الفروق بين الفسخ والانفساخ ^(٢) ، وفيما يلي

بيانها :

الانفساخ	الفسخ
— أما الانفساخ فهو انحلال ارتباط العقد وهو انقلاب كل واحد من العوضين إلى دافعه ، سواء أكان أثرا للفسخ ، كما إذا فسخ المشتري عقد البيع بسبب العيب في المبيع ، فالانفساخ نتج عن الفسخ الذي مارسه العاقد اختيارا ، وحينئذ فإن العلاقة بين الفسخ والانفساخ علاقة السبب بالمسبب فالانفساخ هنا صفة العوضين لا دخل للعاقدين فيه .	أولا — الفسخ حل ارتباط العقد ، وهو قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه ، فهو فعل المتعاقدين بإرادتهما ، أو أحدهما ، أو غيرهما ممن يملكه كالفسخ بفعل الحاكم أو بحكم القاضي في بعض الأحوال ^(٣) .
وقد يكون نتيجة لعوامل خارجة عن إرادة العاقدين ، كموت أحد العاقدين في العقود غير اللازمة ، وحينئذ تنتفي علاقة السببية التي قررها القرافي .	

(١) انظر : الزركشي / المنشور في القواعد : ٤٠١/٢ — ٤٠٢ ، ابن رجب / القواعد في الفقه الإسلامي (ق

٦٠ : ١٠٤ — ١٠٧ ، وذكر فيه صورا أخرى لهذه القاعدة .

(٢) انظر : القرافي / الفروق : (ف : ١٩٥) ؛ ٢٦٩/٣ ؛ المكى / تهذيب الفروق : ٢٧٧/٣ ؛ الزركشي /

المنشور في القواعد : ٤٢/٣ .

(٣) انظر : القرافي / الفروق : (ف : ١٩٥) ؛ ٢٦٩/٣ ؛ الزركشي / المنشور في القواعد : ٤٢/٣ ، ٤٧ .

ثانياً — الفسخ من الأسباب الشرعية ، فلا يوجد إلا بوجود ما يقتضيه .	— أما الانفساخ فهو حكم شرعي ، يحكم به عند وجود موجه .
ثالثاً — الفسخ يقبل التأقيت كما في خيار الشرط ، وخيار المصرة .	— أما الانفساخ فلا يقبل التأقيت ، فمضى هلك المبيع قبل القبض أو مات الشريك أو المضارب انفسخ العقد في الحال ^(١) .

* * * * *

^(١) انظر : الكاساني / بدائع الصنائع : ٢٣٨/٥ .

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
ملخص البحث.....	ج
الإهداء.....	د
شكر وتقدير.....	هـ
المقدمة.....	و

الباب التمهيدي

نخبة عن العقد والتعريف به وذكر أركانه وشروطه وحكمه

وفيه ثلاثة فصول :	٨٧ — ١
-------------------------	--------

الفصل الأول

لحة تاريخية عن العقد وأهميته في معاملات الناس وأثر الرضا والحرية والعرف

والوفاء في العقود ، وفيه ثلاثة مباحث :	٤٠ — ٢
--	--------

المبحث الأول — لحة تاريخية عن العقد

المبحث الثاني — أهمية العقود في معاملات الناس

المبحث الثالث — أثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود ، وفيه أربعة

مطالب :

المطلب الأول : الرضا

قضاء الشريعة الإسلامية على جميع عناصر الإكراه

الأدلة من القرآن الكريم على أن رضا الإنسان أساس في كل العقود

الأدلة من السنة

بعض الصور التي أحاز الفقهاء فيها إجراء بعض العقود جبراً

المطلب الثاني : موقف الفقهاء من قاعدة حرية العقود والشروط ، وفيه خمسة

فروع :

الفرع الأول : تمهيد عن القاعدة وذكر أقوال الفقهاء فيها

الفرع الثاني : سبب اختلاف الفقهاء

الفرع الثالث : الأدلة

أدلة القول الأول

٢١	أدلة القول الثاني
٢٥	الفرع الرابع : المناقشة
٢٥	أولاً : مناقشة أدلة القائلين بالخطر الظاهرية ومن وافقهم
٢٧	ثانياً : مناقشة أدلة القائلين بالإباحة المالكية والحنابلة ومن وافقهم
٢٩	الفرع الخامس : في ذكر النتائج المستخلصة من القاعدة والترحيج
٢٩	أولاً : ذكر النتائج المستخلصة من القاعدة
٣٣	ثانياً : الترحيج
٣٤	المطلب الثالث : اعتبار العرف أساساً في تحديد الالتزامات
٣٥	الأدلة على اعتبار العرف أساساً في تحديد الالتزامات
٣٨	أمثلة على أحكام فقهية مبنية على العرف
٣٨	من أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف
٤٠	المطلب الرابع : الوفاء بالعقود
٤٠	دليل الوفاء بالعقود

الفصل الثاني

٥٤-٤١	التعريف بالعقد ، وفيه مبحثان :
٤٢	المبحث الأول — تعريف العقد لغة واصطلاحاً ، وفيه مطلبان :
٤٢	المطلب الأول : تعريف العقد لغة
٤٣	المطلب الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً
٤٣	أولاً : المعنى العام للعقد
٤٦	ثانياً : المعنى الخاص للعقد
٤٦	شرح التعريف
٤٦	أ- محترزات التعريف
٤٧	ب- شرح المفردات
٤٨	ثالثاً : العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي
٥٠	المبحث الثاني — الفرق بين العقد والتصرف والعقد والالتزام ، وفيه ثلاثة مطالب :
٥٠	المطلب الأول : تعريف التصرف والفرق بينه وبين العقد ، وفيه فرعان :
٥٠	الفرع الأول : تعريف التصرف لغة واصطلاحاً :
٥٠	أ- التصرف لغة
٥٠	ب- التصرف في اصطلاح الفقهاء
٥١	الفرع الثاني : الفرق بين العقد والتصرف

٥٢	المطلب الثاني : تعريف الالتزام والفرق بينه وبين العقد ، وفيه فرعان :
٥٢	الفرع الأول : تعريف الالتزام لغة واصطلاحاً
٥٢	أ- الالتزام لغة
٥٢	ب- الالتزام في اصطلاح الفقهاء
٥٣	الفرع الثاني : الفرق بين العقد والالتزام
٥٤	المطلب الثالث : العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام
	الفصل الثالث
٨٧-٥٥	أركان العقد وشروطه وحكمه ، وفيه ثلاثة مباحث :
٥٦	المبحث الأول — في أركان العقد ، وفيه أربعة مطالب :
٥٦	المطلب الأول — ذكر اختلاف الفقهاء في تحديد الركن في العقود
٥٧	سبب الخلاف
٥٨	المطلب الثاني — في بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة ، وفيه فرعان ...
٥٨	الفرع الأول : تعريف الصيغة لغة واصطلاحاً
٥٨	أ — الصيغة في اللغة
٥٩	ب — الصيغة في الاصطلاح
٥٩	ذكر أقوال الفقهاء في حكم انعقاد العقود بوسائل التعبير عن الإرادة
٥٩	أولاً : التعاقد بالكتابة
٦٠	ثانياً : التعاقد بالإشارة
٦١	ثالثاً : التعاقد بالرسالة
٦٢	رابعاً : التعاقد بالتعاطي
٦٣	خامساً : حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة
٦٣	الفرع الثاني : شروط الصيغة
٦٣	الشرط الأول : موافقة القبول للإيجاب
٦٤	الشرط الثاني : اتصال القبول بالإيجاب . وصدورها في مجلس العقد
٦٨	الشرط الثالث : بقاء الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول
٦٨	مبطلات الإيجاب
٦٩	المطلب الثالث — في بيان الركن الثاني من أركان العقد : محل العقد
٦٩	الفرع الأول : تعريف محل العقد
٧٠	الفرع الثاني : شروط محل العقد إجمالاً
٧٠	أولاً : أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً
٧٣	ثانياً : أن يكون محل العقد موجوداً عند التعاقد

٧٤ ثالثاً : القدرة على تسليم محل العقد
٧٤ رابعاً : العلم بمحل العقد
٧٦	المطلب الرابع — في بيان الركن الثالث من أركان العقد : العاقدان ، وفيه فرعان ..
٧٧ الفرع الأول : الأهلية
٧٧ تعريفها
٧٧ أقسام الأهلية
٧٧	١- أهلية الوجوب
٧٨	٢- أهلية الأداء
٧٨	أنواع أهلية الأداء : كاملة ، وناقصة
٧٩	حكم تصرفات الإنسان في طور التمييز ومن في حكمه كالمعتوه من غير حقوق الله تعالى
٨٠ عوارض الأهلية
٨١ الفرع الثاني : الولاية
٨١ تعريف الولاية لغة واصطلاحاً
٨١ أنواع الولاية نيابة عن الغير
٨٢ الولاية على النفس
٨٢ الولاية على المال
٨٢ أحوال العقد بين الأهلية والولاية
٨٤ المبحث الثاني — في شروط العقد ، وفيه مطلبان :
٨٤ المطلب الأول : الشروط العامة
٨٤ المطلب الثاني : الشروط الخاصة
٨٦ المبحث الثالث — حكم العقد
٤٥٥-٨٨	الباب الثاني : في ذكر تقسيمات العقود في الفقه وصورها
٤٥٥-٨٨ وفيه ثمانية فصول

الفصل الأول

٨٩-١٦١ أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها ، وفيه مبحثان :
٩٠ المبحث الأول — العقود المُسمَّاة ، وفيه مطلبان :
٩٠ المطلب الأول — تعريف العقود المُسمَّاة
٩١ المطلب الثاني — التعريف بأشهر العقود المُسمَّاة المعروفة في الفقه الإسلامي
٩١	١- عقد الهدنة
٩١ الهدنة لغة

٩١ الهدنة شرعا
٩١ أدلة مشروعيتها
٩٢ ٢- عقد الذمة
٩٢ الذمة لغة
٩٣ عقد الذمة شرعا
٩٣ أدلة مشروعيتها
٩٤ ٣- عقد البيع
٩٤ البيع لغة
٩٥ عقد البيع شرعا
٩٥ أدلة مشروعيته
٩٧ ذكر نماذج لما يندرج تحت عقد البيع
٩٧ ١- الاستصناع
٩٩ ٢- بيع الأمانة
٩٩ أ - المراجعة
٩٩ ب - التولية
٩٩ ج - الوضعية
١٠٠ من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي
١٠٠ أولا : في ذكر حكم عقد المراجعة للأمر بالشراء
١٠٠ ثانيا : في ذكر حكم بيع الحقوق المعنوية
١٠١ ٤- الإقالة
١٠١ الإقالة لغة
١٠١ شرعا
١٠١ أدلة مشروعية الإقالة
١٠٢ مسألة : ذكر اختلاف الفقهاء في ماهية الإقالة
١٠٢ ذكر أقوال الفقهاء ، وأدلتهم
١٠٥ الترحيح
١٠٥ ثمرة الخلاف
١٠٧ ٥ - الصِّرفُ
١٠٧ الصِّرفُ لغة
١٠٧ شرعا
١٠٧ أدلة مشروعيته

١٠٨ من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي
١٠٨	أولا : في ذكر حكم العملات الورقية
١٠٨	ثانيا : في ذكر حكم صور القبض الحكمي المعاصرة
١٠٩	٦- السَّئْمُ
١٠٩	أدلة مشروعيتها
١١٠ من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي : السلم وتطبيقاته المعاصرة
١١٣	٧- القرض
١١٣	القرض لغة
١١٣	شرعا
١١٣	أدلة مشروعيتها
١١٤ من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي
١١٤	أولا : أثر تغير قيمة العملة في وفاء الديون
١١٥	ثانيا : الودائع المصرفية (حسابات المصارف)
١١٥	٨- الرهن
١١٥	الرهن لغة
١١٦	شرعا
١١٦	أدلة مشروعيتها
١١٧	٩- الكفالة
١١٧	الكفالة لغة
١١٧	شرعا
١١٧	أدلة مشروعيتها
١١٩	١٠- الحوالة
١١٩	الحوالة لغة
١١٩	شرعا
١١٩	أدلة مشروعيتها
١١٩	١١- الصِّلْحُ
١٢٠	الصِّلْحُ لغة
١٢٠	شرعا
١٢٠	أدلة مشروعيتها
١٢١	أنواع الصِّلْح
١٢٢	١٢- الوكالة

١٢٢	الوكالة لغة
١٢٢	شرعا
١٢٢	أدلة مشروعاتها
١٢٣	١٣- الشركة
١٢٣	الشركة لغة
١٢٣	شرعا
١٢٤	أدلة مشروعاتها
١٢٥	الشركة قسمان
١٢٥	الأول : شركة مال
١٢٦	الثاني : شركة عقد
١٢٦	تنقسم شركة العقد إلى خمسة أقسام
١٢٦	الأول : شركة العنان
١٢٦	الثاني : شركة المضاربة
١٢٦	الثالث : شركة الوجه
١٢٧	الرابع : شركة الأبدان
١٢٧	الخامس : شركة المفاوضة
١٢٨	صور معاصرة للشركات :
	أولا : من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي : حكم الودائع المصرفية التي تسلم للبنوك
١٢٨	بعقد استثماري على حصة من الربح
١٢٩	ثانيا : أمثلة الشركات الحديثة
١٢٩	شركة المساهمة
١٢٩	الشركة ذات المسؤولية المحدودة
١٣٠	شركة الخاصة
١٣١	١٤- المساقاة
١٣١	تعريفها
١٣١	حكمها
١٣١	دليل مشروعاتها
١٣٢	١٥- المغارسة
١٣٢	تعريفها
١٣٢	حكمها
١٣٢	دليل مشروعاتها

١٣٢	١٦- المزارعة
١٣٢	تعريفها
١٣٢	حكمها
١٣٣	دليل مشروعيتها
١٣٤	١٧- الإجارة
١٣٤	الإجارة لغة
١٣٤	شرعا
١٣٤	أدلة مشروعيتها
١٣٦	من فوائى يجمع الفقه الإسلامى : الإيجار المنتهى بالتملك
١٣٨	١٨- المسابقة
١٣٨	المسابقة لغة
١٣٨	شرعا
١٣٩	أدلة مشروعيتها
١٣٩	أنواعها
١٤٠	١٩- العارية
١٤٠	العارية لغة
١٤٠	شرعا
١٤١	أدلة مشروعيتها
١٤٢	٢٠- الوديعة
١٤٢	الوديعة لغة
١٤٢	شرعا
١٤٢	أدلة مشروعيتها
١٤٣	٢١- الجعالة
١٤٣	الجعالة لغة
١٤٣	شرعا
١٤٤	أدلة مشروعيتها
١٤٥	٢٢- الوقف
١٤٥	الوقف لغة
١٤٥	شرعا
١٤٥	أدلة مشروعيتها
١٤٧	٢٣- أهبة

١٤٧	المبة لغة
١٤٧	شرعا
١٤٧	أدلة مشروعيتها
١٤٨	٢٤- الوصية
١٤٨	الوصية لغة
١٤٨	أدلة مشروعيتها
١٥٠	٢٥- النكاح
١٥٠	النكاح لغة
١٥٠	شرعا
١٥٠	أدلة مشروعيته
١٥١	٢٥ — القسمة
١٥١	القسمة لغة
١٥١	شرعا
١٥١	أدلة مشروعيتها
١٥٢	أنواعها
١٥٥	المبحث الثاني — العقود التي كانت غير المُسمّاة ، وفيه ثلاثة مطالب
١٥٥	المطلب الأول — تعريف العقود غير المسماة
١٥٥	المطلب الثاني — أمثلة العقود التي كانت غير مسماة
١٥٥	١- بيع الوفاء
١٥٦	٢- عقد الإجارين في الأموال الموقوفة
١٥٦	٣- عقد التحكير في الأموال الموقوفة
١٥٧	٤- بيع الاستحجار ، وصوره في المذاهب
١٥٩	المطلب الثالث — أمثلة حديثة لهذه الطائفة من العقود
١٥٩	١- عقد الإعلان في الصحف أو سواها من الوسائط
١٦٠	٢- عقد النشر
١٦٠	٣- عقد المضايقة
١٦٠	٤- عقد التوريد
١٦١	٥- عقد الإذعان
١٦١	٦- الاتفاقات

الفصل الثاني

أقسام العقود بالنظر إلى صحة العقد وعدمها ، وفيه ثلاثة مباحث ١٦٢-٢١٠

١٦٤	المبحث الأول — العقد الصحيح ، وفيه ثلاثة مطالب
١٦٤	المطلب الأول — تعريف العقد الصحيح ، وفيه ثلاثة فروع
١٦٤	الفرع الأول : تعريف الصحة لغة واصطلاحاً
١٦٥	الفرع الثاني : العقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء
١٦٦	الفرع الثالث : المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي
١٦٦	المطلب الثاني — حكم العقد الصحيح
١٦٧	المطلب الثالث — أقسام العقد الصحيح
١٦٧	القسم الأول : العقد النافذ
١٦٧	أقسام العقد النافذ
١٦٧	القسم الثاني : العقد الموقوف
١٦٨-١٦٧	القاتلون بالعقد الموقوف
١٦٨	أولاً : تعريف العقد الموقوف
١٦٩	ثانياً : حكم العقد الموقوف
١٧١	المبحث الثاني — العقد غير الصحيح ، وفيه أربعة مطالب
١٧١	المطلب الأول — تعريف العقد غير الصحيح
١٧١	المطلب الثاني — في التعريف بمصطلح الباطل والفاسد ، وفيه فرعان
١٧١	الفرع الأول : حدهما في اللغة
١٧١	أ- الباطل لغة
١٧٢	ب- الفاسد لغة
١٧٣	الفرع الثاني : حدهما في الاصطلاح
١٧٣	أولاً : الباطل والفاسد مترادفان في فقه العبادات باتفاق الفقهاء
١٧٣	ثانياً : اختلاف الفقهاء في التفريق بين العقد الباطل والفاسد في المعاملات
١٧٣	أ- مذهب الحنفية
١٧٥	ب- مذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة
١٧٦	المطلب الثالث — منشأ الخلاف بين الحنفية ، وجمهور الفقهاء
١٧٦	ذكر أقوال الفقهاء في أصل الخلاف
	ما ذكره الإمام الشاطبي — رحمه الله — في بيان حقيقة الخلاف بين الحنفية ،
١٧٧	وجهور الفقهاء
١٧٨	المطلب الرابع — فيما خالف فيه الجمهور أصلهم القاضي بترادف البطلان والفساد
١٧٨	أولاً — المالكية
١٨٠	ثانياً — الشافعية

١٨٣ ثالثاً — الحنابلة
١٨٧	المبحث الرابع — أحكام وآثار العقد الباطل ، والعقد الفاسد ، وفيه ستة مطالب ..
١٨٧ المطلب الأول — حكم العقد الباطل
١٨٨ المطلب الثاني — سبب البطلان
١٨٩ المطلب الثالث — الآثار المترتبة على العقد الباطل ومستثنياتها
١٨٩	١- الآثار المترتبة على بطلان العقود
	ما يتفرع عن هذه النتيجة السلبية لبطلان العقود من أحكام عامة :
١٩١	أولاً : إذا بطل الأصل ، بطل ما في ضمنه
١٩٢	ثانياً : إذا بطل العقد ، بطل ما بُني عليه
١٩٢	ثالثاً : العقد الباطل لا تلحقه الإجازة
١٩٢	رابعاً : العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ، ولا يُحتجُّ به أمام القضاء
١٩٣	خامساً : البطلان لا يسري عليه حكم التقادم
١٩٤	٢- الآثار المترتبة على العقد الباطل استثناء من النتيجة الأساسية لبطلان العقود ...
١٩٥	أ- عقد النكاح الباطل
١٩٦	ب- ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل
١٩٦	ذكر اختلاف الفقهاء في ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل ، وأدلتهم
١٩٨	الترجيح
	ج- انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح إذا توفرت في العقد الباطل
١٩٨	أركان وشروط العقد الآخر
٢٠٠ المطلب الرابع — حكم العقد الفاسد
٢٠١	أولاً : حكم العقد الفاسد قبل القبض
٢٠١	ثانياً : حكم العقد الفاسد بعد القبض
٢٠٢	ثالثاً : وجوب فسخ العقد الفاسد
٢٠٣	من يملك حق الفسخ في العقد الفاسد ؟
	إذا لم يمكن رفع الفساد من العقد أو إسقاطه ، فهل يملك العاقدان أو أحدهما التنازل
٢٠٣	عن فسخ العقد الفاسد ؟
٢٠٤	رابعاً : ضابط في العقود التي يجري فيها الفساد عند الحنفية
٢٠٥ المطلب الخامس — أثر العقد الفاسد في الضمان
٢٠٩ المطلب السادس — أسباب الفساد العامة ، والخاصة
	الفصل الثالث
٢٤٣-٢١١	أقسام العقود من ناحية الصيغة ، وفيه ثلاثة مباحث

٢١٣	المبحث الأول — العقد المنجز ، وحكمه ، وفيه مطلبان
٢١٣	المطلب الأول — تعريف العقد المنجز وفيه فرعان
٢١٣	الفرع الأول : تعريف التنجيز لغة واصطلاحاً
٢١٣	الفرع الثاني : تعريف العقد المنجز
٢١٣	شرح التعريف
٢١٤	المطلب الثاني — حكم العقد المنجز
٢١٤	هل الأصل في العقود التنجيز أم الإضافة والتعليق ؟
٢١٥	المبحث الثاني — العقد المضاف ، وحكمه ، وفيه خمسة مطالب
٢١٥	المطلب الأول — تعريف العقد المضاف ، وفيه فرعان
٢١٥	الفرع الأول : الإضافة لغة واصطلاحاً
٢١٦	الفرع الثاني : تعريف العقد المضاف
٢١٦	المطلب الثاني — حكم العقد المضاف
٢١٧	المطلب الثالث — علاقة الأجل بالعقد
٢١٧	أقسام العقد من حيث اقترانه بالأجل
٢١٧	فرع — في ذكر قاعدة العقد المؤقت
٢١٩	المطلب الرابع — أقسام العقود بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها
٢١٩	١- عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها . وذكر أمثلة على ذلك
٢١٩	٢- عقود لا تقبل الإضافة . وذكر أمثلة على ذلك
	٣- عقود تصح أن تكون مضافة إلى المستقبل ، وتصح أن تكون منجزة ، حسب صيغة التعاقد ورغبته . وذكر أمثلة على ذلك
٢٢٠	
٢٢١	المطلب الخامس — في الفروق ، وفيه ثلاثة فروع
٢٢١	الفرع الأول : أوجه الشبه والفرق بين العقد المضاف والعقد الموقوف
٢٢٢	الفرع الثاني : الفرق بين العقد المؤقت والمضاف
٢٢٢	الفرع الثالث : الفرق بين العقد المؤقت والمنجز
٢٢٣	المبحث الثالث — العقد المعلق ، وحكمه ، وفيه ستة مطالب
٢٢٣	المطلب الأول — تعريف العقد المعلق
٢٢٣	أولاً : التعليق في اللغة
٢٢٣	ثانياً : التعليق في اصطلاح الفقهاء
٢٢٣	شرح التعريف
٢٢٣	تعريف العقد المعلق

٢٢٤	المطلب الثاني — حكم العقد المعلق
٢٢٤	ذكر اختلاف العلماء وأدلتهم زمن انعقاد المعلق بالشرط
٢٢٦	المنافسة
٢٢٦	أولاً : مناقشة الحنفية
٢٢٧	ثانياً : مناقشة الشافعية
٢٢٧	الترجيح
٢٢٨	ثمرة الخلاف
٢٣٠	المطلب الثالث — شروط صحة التعليق
٢٣١	المطلب الرابع — أقسام العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدم قبولها
٢٣١	تفصيل ما جاء في هذه المسألة عند فقهاء المذاهب
٢٣١	أولاً : الحنفية
٢٣٤	ثانياً : المالكية
٢٣٥	ثالثاً : الشافعية
٢٣٧	رابعاً : الحنابلة
٢٣٩	خلاصة القول في العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدمه
٢٤١	المطلب الخامس — في الفروق ، وفيه فرعان
٢٤٠	الفرع الأول : الفرق بين التعليق والإضافة
٢٤٢	الفرع الثاني : الفرق بين الشرط والتعليق
٢٤٢	المطلب السادس — فائدة في ذكر كيفية ثبوت الأحكام في العقود
	الفصل الرابع
٢٩١-٢٤٤	أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وقابلية الفسخ ، وفيه ستة مباحث
٢٤٥	تقديم
٢٤٦	المبحث الأول — في بيان المراد بالعقد اللازم وغير اللازم (الجائز) ، وفيه مطلبان ..
٢٤٦	المطلب الأول — في بيان المراد بالعقد اللازم ، وفيه فرعان
٢٤٦	الفرع الأول : تعريف العقد اللازم
٢٤٦	محترزات التعريف
٢٤٧	الفرع الثاني : الفرق بين الإلتزام واللزوم
٢٤٨	المطلب الثاني — في بيان المراد بالعقد غير اللازم (الجائز) ، وفيه فرعان
٢٤٨	الفرع الأول : تعريف العقد غير اللازم
٢٤٩	الفرع الثاني : ضابط العقد غير اللازم
٢٥١	المبحث الثاني — أقسام العقد اللازم وغير اللازم (الجائز) ، وفيه مطلبان

٢٥١	المطلب الأول — في أقسام العقد اللازم
٢٥١	القسم الأول : عقد لازم في حق الطرفين
٢٥٢	القسم الثاني : عقد لازم في حق أحد الطرفين
٢٥٢	المطلب الثاني — أقسام العقد غير اللازم
٢٥٢	القسم الأول : عقد غير لازم بالنسبة لطرفيه
٢٥٢	القسم الثاني : عقد غير لازم في حق أحد الطرفين فقط
٢٥٣	أقسام العقود بالنظر إلى الجواز وال لزوم
٢٥٤	المبحث الثالث — متى تثبت صفة اللزوم في العقود اللازمة ؟
٢٥٤	ذكر اختلاف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس
٢٥٦	الأدلة
٢٥٦	أولاً : أدلة الحنفية والمالكية
٢٥٨	ثانياً : أدلة الشافعية والحنابلة ومن وافقهم
٢٥٩	المناقشة
٢٥٩	أولاً : مناقشة أدلة الحنفية والمالكية
٢٦٢	ثانياً : مناقشة أدلة الشافعية والحنابلة ومن وافقهم
٢٦٣	الترجيح
٢٦٤	المبحث الرابع — الخيارات وأثرها في العقود اللازمة
٢٦٤	وجه الشبهة والفرق بين العقد غير اللازم والعقد المشتمل على الخيار
٢٦٧	أثر الخيارات على العقد اللازم لسلب لزومه
٢٦٨	ذكر أثر أهم الخيارات على العقد اللازم لسلب لزومه
٢٦٨	أولاً : خيار الشرط
٢٦٨	ذكر اختلاف الفقهاء في أثر خيار الشرط على العقد ، وأدلتهم
٢٧١	المناقشة
٢٧١	الترجيح
٢٧٢	ثمرة الخلاف
٢٧٣	ثانياً : خيار الرؤية
٢٧٣	ثالثاً : خيار العيب
٢٧٤	رابعاً : خيار التبليس
٢٧٤	خامساً : خيار التعيين
٢٧٥	سادساً : خيار النقد
٢٧٦	المبحث الخامس — حكم ورود الخيار وعدمه على العقود اللازمة والجائزة

٢٧٦	بيان القاعدة العامة لمذاهب الفقهاء في ثبوت الخيار وعدمه على أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وقابلية الفسخ
٢٧٦	أولاً : الحنفية
٢٧٨	ثانياً : المالكية
٢٧٩	ثالثاً : الشافعية
٢٨٢	رابعاً : الحنابلة
٢٨٤	المبحث السادس — الفسخ في العقود اللازمة وغير اللازمة ، وفيه مطلبان
٢٨٤	المطلب الأول — أسباب الفسخ في العقود اللازمة ، وفيه خمسة فروع
٢٨٤	الفرع الأول : الفسخ بسبب فساد العقد
٢٨٤	الفرع الثاني : الفسخ بسبب الخيار
٢٨٤	الفرع الثالث : الفسخ بالإقالة
٢٨٥	فائدة : في ذكر وجه الشبه والفرق بين الفسخ بالإقالة والفسخ بالخيار
٢٨٥	الفرع الرابع : لعدم التنفيذ أو عدم إمكان التنفيذ
٢٨٥	الحالات التي يجوز فيها لأحد المتعاقدين المطالبة بفسخ العقد عند تعذر قيام التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه
٢٨٧	ذكر اختلاف الفقهاء في فسخ الإجارة بسبب العذر الحادث عند إرادته
٢٨٩	الفرع الخامس : لانتهاء مدة العقد أو انتهاء غرضه
٢٨٩	المطلب الثاني — الفسخ في العقود غير اللازمة
٢٨٩	قاعدة : العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنعت وصارت لازمة مفهوم القاعدة
٢٩٠	من صورها
٢٩٠	فائدة — في ذكر الفرق بين الفسخ والانفساخ

تم بحمد الله الجزء الأول ويليه الجزء الثاني وأوله

الفصل الخامس : أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه